

住宅貸借保護法에 관한 研究

김 형 수*

目 次

- | | |
|------------------------------|------------------------|
| I. 序 論 | 5. 借賃의 增減請求權 |
| II. 住宅貸借保護法の 立法的
背景과 制度分析 | 6. 住宅貸借權의 承繼 |
| 1. 住宅貸借保護法の 立法的 背景 | IV. 住宅貸借保護法の 問題點과 改善方向 |
| 2. 住宅貸借의 制度分析 | 1. 適用範圍 |
| III. 住宅貸借保護法の 內容分析 | 2. 住宅貸借權 |
| 1. 住宅貸借保護法の 適用範圍 | 3. 保證金의 保護 |
| 2. 住宅貸借權의 對抗力 | 4. 存續期間과 解止의 制限 |
| 3. 保證金 中 一定額의 保護 | 5. 借賃의 增減請求權 |
| 4. 存續期間과 解止의 制限 | 6. 住宅貸借權의 承繼 |
| | V. 結 論 |

I. 序 論

1960年代부터 시작된 經濟開發計劃에 의한 持續的 經濟成長은 國民經濟를 보다 潤澤하게 한 것은 事實이지만 다른 社會에서와 마찬가지로 都市化의 물결로 인한 都市 人口의 急進的 膨脹과 諸要因에 의한 家口數 增加는 엄청난 住宅需要를 創出하게 되었다.

특히 全 人口의 可用面積은 30%에 불과하고 우리 人口 4천만명중 3分の 1인 1천 3백만 명 정도가 首都 서울을 중심으로 하는 首都圈域에 偏重 住居하는 現象을 보였으며 이는 더욱 住宅問題를 어렵게 만들어 都市生活의 심각한 社會問題로 등장하게 되었다.

* 제주대학교 법정대학 법학과 교수

無住宅 庶民이 他人의 家屋을 借用하여 쓰는 方式으로는 傳貰, 賃貸借가 있는데 兩者 모두 登記를 하게 되면 傳貰는 傳貰權으로 賃貸借는 登記된 賃借權으로 強力한 法的 保護를 받지만 一般的으로 家屋 所有者는 이들 權利가 登記되는 것을 싫어하고 있으며 또한 無住宅 零細庶民의 경우에도 실제로 高額인 傳貰金을 마련하기 어려운 점도 있어 登記가 없는 傳貰나 賃貸借가 대부분이다.

賃貸借는 法的 性質上 債權에 지나지 않으므로 賃貸人이 目的物을 제3자에게 讓渡하는 경우 賃貸人은 그 讓渡人에게 대하여 賃借權으로 對항할 수 없는 것이고 또한 都市計劃과 같은 사업으로 인하여 그 地域이 開發 整備되는 경우 地價와 建物價格이 급등하게 되고 이에 편승한 家屋所有者의 賃貸料引上要求는 賃借人에게는 커다란 고통이 아닐 수 없다.

이러한 住宅難을 해결하는 方法으로는 政府의 강력한 住宅政策 등에 의하여 충분한 住宅의 供給擴大를 생각할 수 있겠지만, 여기에는 막대한 財政의 需要와 現實의인 限界가 있으므로 단기일내에는 이를 해결하기 어려운 실정이다. 이런 상황에서 그때까지는 우선 住宅의 所有者와 利用者 사이의 關係를 적절히 規律함으로써 雙方의 利害關係를 조절하고 利用의 圓滑化를 도모하고 經濟的 弱者인 住宅賃借人을 보호해 그 解決策을 구할 수밖에 없을 것이다.

이에 따라 결국 他人住宅의 利用關係는 주로 登記하지 않은 賃貸借와 傳貰의 方法에 의존하고 있는데 登記되지 않은 賃貸借에 관해서는 賃借人 保護를 위한 몇가지 規定이 마련 되어 있으나 그것만으로는 賃借人 保護에 미흡해 賃借人의 住居生活에 不安定을 초래하게 되었다.

그러하여 賃借人의 強力한 保護를 피하기 위해서 民法에 대한 特別法으로서 住宅賃貸借 保護法이 1981年 3月 5日 制定·施行되고 그후 1983年 12月 30日 1次 改正, 1989年 12月 30日 2次 改正을 통해 住宅賃貸借의 지위가 많이 향상되었다. 현행 住宅任賃借保護法의 核心은 傳貰權登記를 하지 않은 賃貸借에 대해서 入住 後 轉入申告와 함께 傳貰契約書에 確定日字 捺印을 받으면 傳貰金額의 한도에 상관없이 金額을 保護 받을 수 있다는데 있다.

그러나 지난 '97年 8月 22日 大法院 判決에서 入住와 轉入申告를 1番抵當權 보다 먼저 취하였으나(주택임대차보호법 제3조가 정한 對抗力) 確定日字를 받지 않은 貰入者는 경매 시 전세금 전액을 받을 때까지 계속 거주 할 수 있는 地位를 인정하는 判決例를 낳았지만 임차인 보호에는 아직도 미흡한 점이 많은 실정이다.

따라서 이 연구는 住宅賃借人의 住居生活의 安定이란 측면에서 우리나라 住宅賃貸借保護法에 나타난 內容을 분석하여 問題點 등을 살펴보고 그 改善方案을 제시해 보고자 한다.

II. 住宅賃貸借保護法の 立法的 背景과 住宅賃貸借의 制度分析

1. 住宅賃貸借保護法の 立法的 背景

住居, 生産 기타의 經濟活動을 위하여 不動產은 必須不可缺의 것이나 그 性質상 누구나 원하는 때에 쉽게 取得할 수가 없다. 自然히 많은 사람이 他人의 不動產을 빌려서 이용하지 않을 수 없다. 물론 他人의 不動產을 이용하는 法律的 手段은 賃貸借가 유일한 것은 아니다.

그러나 실제에 있어서는 他人의 不動產의 利用은 거의 賃貸借에 의하고 있는 것이 그 실정이다. 그리하여 社會的, 經濟的 觀點에서 본다면 賃貸借 중에서도 우리의 生活의 基本이 되고 또한 社會發展의 하나의 源泉이라 할 수 있는 不動產의 賃貸借가 가장 중요한 작용을 할 뿐만 아니라 또한 동시에 그것은 社會的, 經濟的인 問題를 제기한다. 그러한 問題로서 가장 根本的인 것은 賃借人의 保護問題이다.¹⁾

이러한 賃貸借關係는 상당히 오랜 歷史를 거쳐왔으나, 農耕社會에 있어서는 封建的인 身分的 支配關係가 그 기초를 이루고 있었기 때문에 순수한 物的인 契約關係로서 規律하게 된 것은 近代法에서 비롯되었다고 보아야 할 것이다. 그런데 近代法이 인정하는 賃貸借關係에서는 所有者인 賃貸人의 利益을 重視하는데 중점을 두었기 때문에 반사적으로 賃借人의 保護를 輕視하지 않을 수 없었다. 그 결과로서 社會發展의 촉진에 따라서 社會的, 經濟的 弱者이며 物資의 現實的인 利用者인 賃借人에 대하여 그 居住와 生活의 安全을 위협하게 되었고 나아가서는 生産手段과 勞動力의 結合이라고도 할 수 있는 生産性向上을 阻害하는 現象을 나타내게 되었다.

우리나라에서도 舊民法의 賃貸借關係의 缺陷을 補救하기 위하여 1932年의 朝鮮小作調停會 또는 1940年의 朝鮮借地借家調停會 등이 실시된 바 있으나 實效를 거두지 못하였다.²⁾

이러한 狀況아래 現行 民法典의 制定에 앞서 우선 1949년에는 農地改革法을 制定함으로써 農地의 賃貸借를 禁止하였었다. 그러나 그 結果는 성공적이었다고는 할 수 없었다. 그 후 1960년부터 실시되고 있는 現行 民法典은 用益物權制度에 있어서 地上權을 舊法에서 보다 強化하였고 종래의 債權關係로서만 존재하였던 傳貰制度를 物權化함으로써 傳貰權이라는 새로운 종류의 物權을 新設하여 不動產利用者의 保護를 꾀하게 되었다. 한편 賃貸借에 관해서도 약 20개 條文을 新設하였는데 그 대부분은 不動產賃貸借에 관한 것이고 또 賃貸人의 保護를 目的으로 한 것이다.

그러나 이러한 民法上의 規定은 많은 學者들에 의해 지적되어 있는 바와 같이 問題의

1) 郭潤直, 「債權各論」, 博英社, 1994, P. 273.

2) 金容漢, 「物權法論」, 博英社, 1985, P. 59.

核心을 해결함에 있어서 충분한 정도는 되지 못하였다.³⁾ 특히 최근에 이르러 빚어지고 있는 심각한 住宅難과 賃貸借에 의한 社會問題의 發生은 賃借人保護를 위한 特別法을 긴급히 要求하게 되었다. 그 중에서도 無住宅 庶民이 他人의 家屋을 賃借하여 쓰는 경우 賃貸人이 그 傳賃權利를 登記해 주는 것을 싫어하여 登記가 없는 傳賃나 賃貸借는 강력한 法의 保護를 받을 수 없는 억울한 사정이 續出하여 커다란 都市社會의 問題가 惹起되었다. 이러한 심각한 社會문제를 해결하는 方案으로서 無住宅 庶民의 住居權을 보호하는 住宅賃貸借保護法을 制定하게 되었다.

2. 住宅賃貸借의 制度分析

1) 現行民法典의 住宅賃貸借

① 民法上の 賃貸借保護制度

現行 民法上の 住宅賃貸借는 當事者의 一方(賃貸人)이 住居用建物(住宅)의 全部 또는 一部를 相對方(賃借人)에게 使用, 收益하게 하고 賃借人은 이에 의하여 月賃 등 借賃을 支給할 것을 約定함으로써 그 效力이 생기는 契約을 말한다(民法 제618조).

住宅賃貸借에 관한 權利는 債權的 權利이므로 契約當事者에게만 效力이 있을 뿐 제3자에게는 效力이 없고 당해 住宅賃貸借에 관하여 登記를 하였을 때에 비로소 그 登記의 效力이 발생하여 제3자에게 對抗할 수 있는 權利이다(民法 제621조 2항).

오늘날 우리 社會에서 대부분의 住宅賃貸借는 登記하지 않는 賃貸借의 形式에 의하여 慣行的으로 이루어지고 있으며, 借賃支給方法도 金錢에만 한하지 않고 借用物로부터 收益의 一部를 支給하거나 기타 社會秩序에 反하지 않는 이상 借賃으로 支給할 수 있다.

이러한 住宅賃貸借의 法的 性質을 살펴보면, 住宅賃貸借는 民法의 典型契約으로써 「빌려준다」 「꾼다」라는 意思表示만으로 성립하는 諾成契約이며, 不要式契約이기도 하다. 아울러 賃貸借에 있어서는 目的物을 使用, 收益하게 할 賃貸人의 債務과 借賃을 支給할 賃借人의 債務는 서로 對價的 意義를 갖고 있으므로 雙務契約이다. 그리고 當事者의 雙方이 出損하므로 有償契約에 속한다. 그러므로 性質이 許하는 한 賣買에 관한 規定이 準用한다(民法 제567조).

또한 期間更新의 경우에도 默示의 更新(즉 賃貸借期間이 滿了한 후 賃借人이 賃借物의 使用 收益을 계속하는 경우에 賃貸人이 상당한 기간내에 異議를 하지 아니한 때에는 前賃貸借와 동일한 條件으로 다시 賃借한 것으로 본다)(民法 제639조 1항 前段)이 인정되고 있으며 賃借人의 更新請求權 및 買收請求權(民法 제643조)을 强行規程으로 하고 있음은 일용 賃借權을 保護하고 있다고 하겠다.

3) 高翔龍 “傳賃制度의 再檢討” 現代民法의 諸問題.(金容漢교수 華甲紀念論文集), 博英社, 1981, P. 337~ .

② 民法上の 傳賃制度

慣習上 행하여 온 傳賃制度는 利用權의 強化라는 요청에 응하여 新民法은 物權으로 구성하여 제303조 이하에 同制度를 두었다. 즉 傳賃權者는 傳賃金을 지급하고 他人의 不動產을 占有하여 그 不動產의 用途에 좇아 使用, 收益할 權利가 있고(民法 제303조 1항) 使用, 收益한 후 그 不動產을 設定者에게 引渡하고 傳賃金의 返還을 받는 權利가 있음을 規定하고 있다(民法 제317조). 그리고 傳賃權者는 원칙적으로 傳賃權을 他人에게 讓渡 또는 擔保로 제공할 수 있고 그 存續期間 中에서 그 目的物을 轉傳賃 또는 賃貸할 수 있다(民法 제306조).

또한 傳賃權은 物權이므로 新所有權 또는 제3자에게로 對抗할 수 있는 강력한 絕對的·排他的인 效力으로 인정되어 마치 慣習上의 「家契」에 登錄할 경우에 있어서의 效力을 成文化한 것이라 말할 수 있다.

그러나 期間更新에 관하여 「傳賃權의 設定은 이를 更新할 수 있다」(民法 제312조 2항 前段)하였으나, 이러한 傳賃權者의 期間更新請求權은 어떠한 效力을 가지고 있는가는 명백하지 않으며 대부분의 學說은 當事者間의 合意에 의해서만 가능하다고 한다.⁴⁾

2) 주택임대차의 유형

住宅에 관한 賃貸借의 유형은 分類水準에 따라 여러 가지 형태로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 住宅賃貸借는 賃貸의 支給을 必須要素로 성립하는 有償契約이므로 그 支給方法에 따라 傳賃, 保證附月賃, 朔月賃, 月賃의 4가지로 분류할 수 있다.

둘째, 1棟의 住宅을 전체로 傳賃하느냐에 따라서 통상 獨채傳賃와 一部傳賃로 나눌 수 있다.

셋째, 賃貸借存續期間의 長短과 一時使用을 目的으로 한 賃貸借나 하느냐에 따라서 일반의 賃貸借와 一時賃貸借로 구분할 수 있다.⁵⁾

① 借賃의 支給方法에 의한 分類

㉞ 傳 賃

住宅價額의 6-7割에 해당하는 傳賃金을 일시에 賃貸人에게 支給하고 約定期間동안의 賃借料는 別途의 支給이 없이 그 傳賃金의 利子와 相計하여 나가는 方法이다.

傳賃金은 借賃의 특수한 支給方法이 될 뿐만 아니라 동시에 保證金의 역할도 하게 되므로 賃貸人側에서 보면 상당한 金額으로 信用을 얻을 수 있는 手段이 되기도 한다. 즉 傳賃

4) 金曾漢, 「物權法 下」, 眞一社, 1976, p71. 金容漢, 前掲書, P. 438.

5) 郭潤直, 前掲書, P. 334~335.

國土開發研究院, 80년대 住宅政策의 方向, 1979, P. 48.

國土開發研究院, 債權住宅 및 共同住宅實態調査資料集, (서울, 1980) P. 117

는 그 實質에 있어서는 不動產質과 같으며 擔保制度로서의 機能도 하게 된다.

㉔ 保證附月貰

住宅賃借인이 賃貸人에게 일정액의 保證金を 支給하고 매월 一定額의 借賃을 支給하는 方法으로, 賃貸借契約期間이 滿了되면 賃借인은 賃貸人으로부터 保證金を 반환받게 되나 매월 支給할 約定借賃支給이 遲滯되거나 不履行되었을 경우에는 賃貸인은 保證金으로부터 그 借賃에 充當할 수 있는 方法이다. 保證金月貰은 事務用建物の 賃貸에 특히 많이 이용되고 있다.

㉕ 朔月貰

約定한 賃貸借期間내의 賃借料 總額을 賃貸人에게 一時에 支給한 후 매월의 賃貸該當額을 總額에서 控除하여 나감으로 賃貸借期間의 滿了와 함께 賃貸總額도 全無하는 方法이다.

㉖ 月貰

賃貸借期間의 約定有無와 保證金支給 有無와는 관계없이 매월 約定된 賃貸만을 賃貸人에게 支給하는 方法이다.

② 賃貸借의 對象에 의한 分類

㉗ 獨채傳貰(全部賃貸借)

住宅賃貸人과 賃借人間에 契約內容에 따라 賃借住宅의 全部를 單獨으로 使用, 收益하는 方法이며 住居外의 目的으로 사용하는 경우에도 같다.

㉘ 一部傳貰(一部賃貸借)

住宅賃貸人과 賃借人間의 契約內容에 따라 賃借住宅의 一部를 使用, 收益하는 方法인데 이 경우에도 임차한 일부분 중 住居外의 目的으로 사용되는 때에도 住宅賃貸借保護法의 適用對象이 된다.

③ 賃貸借期間에 의한 分類

㉙ 一般賃貸借

期間의 定함이 없는 경우 賃貸人은 賃貸借契約締結日로부터 6월이 경과하여야만 契約解止 通知를 할 수 있고(住宅賃貸借保護法 제5조) 通知후 6월이 경과하여야만 그 效力이 생기므로(民法 제635조) 결국 1年 이상은 保護를 받을 수 있는 賃貸借이다.

㉚ 一時賃貸借

一時的인 使用, 收益을 위한 賃貸借임이 明白한 경우에는 이를 保護하지 아니한다(住宅賃貸借保護法 제11조)하여 保護對象에서 제외한 賃貸借이다.

3) 住宅賃貸借의 慣行과 그 內容

住宅賃貸借에 있어서 根幹을 이루는 주요내용으로는 賃借權의 對抗力과 賃借料 및 賃借

權의 存續期間 기타 住宅賃貸借保護法上の 問題點 등을 들 수 있다.

① 住宅賃借人の 對抗力

住宅賃借人は 賃貸人과의 사이에 反對約定이 없는 한 賃貸人에게 登記節次에 협력할 것을 請求할 수 있고(民法 제621조 1항), 登記하지 않는 경우에는 「賣買는 賃貸借를 깨뜨린다」라는 로마법의 원칙에 따라 제3자에게 대항할 수 없다.

그러나 社會的, 經濟的 弱者인 賃借人이 그 자신의 賃借權保護를 위하여 登記하고자 할 때 賃貸人이 자기에게 불리할지도 모를 登記節次에 협력하지 않는 것이 보통이고, 賃借人은 부득이 保護받지 못하는 실정이었다.⁶⁾

이상과 같이 不動產賃借權의 對抗力은 法律的, 形式的으로만 認定된 것인데, 1981년의 住宅賃貸借保護法에 의하여 비로소 住宅賃借人은 權利를 보다 강력히 保護받을 수 있게 된 것이다.

② 住宅賃貸借의 存續期間⁷⁾

현행 民法은 住宅賃貸借存續期間에 관하여 20年이라는 最長期間을 명시하고(民法 제635조 제1항) 最短期間에 관하여는 아무런 規定도 명시하지 않은 관계로 賃借人에게 不利한 結果를 초래해 왔는데, 통상 住宅賃貸借期間은 6月로 하였고 期間의 約定이 없거나 期間 滿了後에는 賃貸人은 언제라도 賃借人에 대하여 解止通告를 할 수 있고 解止通告를 받은 후 6月이 경과하면 解止의 效力이 發生하고 이때 賃貸人의 期間更新請求權을 거절할 수 있게 하였다(民法 제635조 제2항).

그러므로 賃貸借存續期間은 契約期間 6月과 解止通告後 6月을 合算한 1年이라는 算術的인 計算이 가능하나 賃貸人의 橫暴 등으로 그 期間은 훨씬 短期인 것으로 나타나 있다.

이상과 같이 住宅賃貸借保護法이 制定되기 이전의 우리나라 住宅賃貸借制度下에서의 慣行을 살펴보았는데, 이 法制定으로 인하여 賃借權의 對抗力이 강화되고, 賃借期間이 6個月이 보통이었던 것이 최소한 1年 이상으로 되어짐에 따라 傳貰 등의 借세가 더욱 상승하여 賃借家口에 커다란 부담을 가중시켜 놓았음이 사실이다.

이와 같이 우리나라의 住宅賃貸借에 있어서 賃借人의 地位는 아주 不利한 與件下에 놓여 있었고, 住宅賃貸借保護法 制定이후 다소 그 保護가 강화되기는 하였으나 住宅賃貸借에 관한 끊임없는 改善策이 없으면 都市生活의 住居生活은 불안을 면치 못할 것이다.

6) 高翔龍, 住宅賃貸借保護法의 問題點과 그 改善方向, 韓國民事法學會, 1982, P. 219.

7) 鈴木祿彌, 「居住權論」, 有斐閣, 1981, P. 123. 廣瀬武文, 「家屋わけろ 正當事由」, 「統治研究判例叢書」, 民法(日本:有斐閣), 1956, P. 39.

Ⅲ. 住宅賃貸借保護法の 内容分析

1. 住宅賃貸借保護法の 適用範圍

1) 住居用 建物

住宅賃貸借保護法은 住居用 建物の 全部 또는 一部の 賃貸借에 關하여 이를 적용하고 店舖, 事務室, 工場, 倉庫 등 非住居用 建物에는 적용되지 않는다(同法 제2조). 이것은 제1조의 民法의 特例를 규정한 社會法的 次元의 立法이므로 그 保護가 시급한 庶民의 安定을 우선적으로 保障하는데에 그 立法趣旨가 있는 것 같다.

住居用 建物이라 함은 住宅을 의미하는 것이므로 住居에 利用되는 建物を 말한다. 또한 建物이라 함은 비바람을 막을 수 있을 정도로 벽과 천정 등의 施設을 갖추고 解體移動이 불가능한 施設物을 말한다. 따라서 住宅이라 함은 社會通念上 住居에 使用함이 적합하다고 판단되는 建物を 의미한다. 그러므로 無許可建物이거나 竣工檢査를 마치지 않은 建物 그리고 所有權 保存登記를 하지 않은 建物도 현재 住居에 사용하고 있는 한 住宅이라고 보아야 하고 또한 公簿上 店舖, 工場, 倉庫 등의 非住居建物로 登載되어 있는 경우에도 建物の 内部構造를 住居用으로 변경하여 起臥寢食에 이용되고 있는 경우에는 역시 住居用 建物로 보아 同法이 적용되어야 한다.⁸⁾

2) 兼用住宅에 관한 見解

改正 住宅賃貸借保護法 제2조 後段은 賃借住宅의 一部가 住居 以外의 目的으로 사용되는 兼用住宅의 경우에도 同法을 적용하여 保護하고 있음을 규정하고 있다. 同法은 改正前 住居用 建物の 全部 또는 一部の 賃貸借에 적용한다고 규정하여 兼用住宅을 同法の 適用에서 제외하므로 無住宅零細民을 保護하려는 본래의 立法趣旨에 반한다는 문제가 있어 이상과 같이 改正하여 兼用住宅의 賃借人도 그 保護對象으로 하였다.

그러나 現행법에서도 兼用住宅은 어떠한 기준에 의하여 어떠한 범위까지 적용할 것인가 하는 문제가 있다.

兼用住宅에 대한 解釋論은 賃借住宅이 住居의 目的으로 契約 使用된 경우에는 兼用住宅의 範圍로 보아야 한다는 質的判斷과 賃貸住宅이 契約 당시나 현재 주거에 사용되는 면적의 비율이 많은 경우에는 兼用住宅의 範圍로 보아야 한다는 量的判斷이 대립되어 있다.

改正 住宅賃貸借保護法이 兼用住宅을 保護對象으로 한 것을 住居로 사용하면서 타용도로 사용하여 생계를 유지하려는 零細民을 保護하려는 데 있으므로 契約 당시 또는 현재 住宅賃借인이나 家族이 실질적으로 住宅으로 사용하고 있느냐를 판단하여 결정하여야 할

8) 宋希誠, 「民事特別法」, 經營文化院, 1985. P. 6.

것이지 사용면적의 비율에 따라 판단하거나 또는 반드시 住宅賃借을 포함한 家族의 住居生活を 고려하여 판단하는 것은 타당치 않다고 본다.

住居를 目的으로 하는 兼用住宅이라도 실제에는 영업 등 타용도에 사용하는 면적이 넓을 수도 있고 店舖兼用建物도 점포면적이 더욱 많을 수도 있으므로 契約 당시 住居를 目的으로 하고 현실적으로 住居에 사용하면서 타용도로 사용한다면 兼用住宅으로 보아야 할 것이고 住宅賃借과 子女·妻 그리고 家族이 별거하고 있더라도 修學, 職場, 勤務, 事業 등 經濟的, 社會的, 個人的 事情에 의하여 住宅賃借人 契約을 하고 家族만이 住民登錄을 하였더라도 家族 또는 子女의 事實判斷에 의하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 住宅賃借人인 父는 사업상 별거하더라도 그 家族이 住居를 목적으로 店舖를 사용한 때에는 店舖의 면적이 넓다고 하더라도 兼用住宅으로 보아야 할 것이다.⁹⁾

3) 一部の賃借

住宅賃借保護法 제2조는 「이 법은 住居用 建物の 全部 또는 一部の 賃借에 관하여 적용한다.」고 규정하였다. 이는 우리 民法의 明文에 賃借이 全部 또는 一部 使用할 수 있는 賃借人의 權利取得이므로 解釋上 논란의 문제를 없앴다.

住宅의 전부라 함은 1棟의 家屋을 의미하고 共同住宅이나 集合住宅은 1戶의 家屋을 의미하며, 住宅의 일부라 함은 위 住宅 가운데 방 한칸 또는 수개의 방을 의미한다.

따라서 사회통념상 獨立의 建物로 인정되는 경우, 예컨대 처음부터 일부의 賃借를 예상하고 出入門, 부엌, 변소 등을 독립적으로 마련한 경우에 同法의 적용이 있는 것은 두말할 나위도 없을 것이다.

문제로 되는 것은 방 한칸이나 여러칸을 賃借하여 出入口나 변소 마루 등을 사용하는 경우이다. 그러나 이러한 零細庶民의 경우야말로 오히려 賃借人의 보호, 그 중에서도 특히 傳賃金이나 保證金返還의 확보가 가장 강하게 요구되는 경우라는 점, 그리고 현재 少額保證金으로 인정되고 있는 정도의 돈으로 상당한 정도의 독립성이 있는 建物を 賃借한다는 것은 거의 기대하기 어려운 실정에 비추어 볼 때 同法은 이러한 경우도 당연히 適用範圍 안에 있는 것으로 처음부터 예상하고 있었다고 보이는 점 등을 감안하면 이러한 경우도 同法의 適用을 긍정하여야 할 것이다.

日本の 借家法은 그 제1조 제1항에서 「建物の 賃借는 그 登記가 없더라도 建物の 引渡가 있는 때에는 尙 후 그 建物에 관하여 物權을 취득한 자에 대하여 그 效力을 발생한다.」라고 규정하고 있어 建物の 一部에 적용됨을 명시하지 않지만 建物の 一部라도 借家法의 適用對象이 된다고 보고 있으며 다만 「그 일부는 장벽 기타에 의해 타부분과 구획

9) 上揭書, P. 7. 高翔龍, “住宅賃借保護法 제2조의 兼用住宅이란 意味(下), 法律新聞 제1605호 (1985. 9. 16)

되어 獨占的, 排他的 支配가 가능한 構造와 規模를 가져야 한다。」고 해석함이 判例의 주류이며 학설도 같은 입장으로서는 현재까지 유지하고 있다.¹⁰⁾

2. 住宅賃借權의 對抗力

1) 對抗力の 意義

住宅賃借保護法 제3조 제1항은 登記된 賃借에 관한 民法 제621조 제2항의 규정과 같이 賃借인이 住宅의 引渡와 住民登錄을 마친 경우에는 그 賃借는 「제3자에 대하여 효력이 생긴다」고 규정함으로써 賃借權의 對抗力을 인정하고 있다. 住宅賃借權의 對抗力은 住宅賃借인이 賃借契約에 따른 모든 權利를 賃借人이나 讓受人에게 주장할 수 있는 것을 말한다.¹¹⁾

종래 「제3자에 대하여 효력이 생긴다」는 規定의 解釋과 관련하여 賃借人으로부터 權利를 讓受한 讓受人에 대하여 賃借權이 어떠한 對抗力을 가지는가에 대하여 異論이 있었다. 多數說은 住宅의 讓受人은 讓渡人의 賃借人으로서의 지위를 承繼한 것이라고 보고 賃借人은 직접 讓受人에게 賃借契約上의 義務 특히 保證金이나 傳賃金의 返還債務를 引受하는 것으로 보아야 한다고 한다. 이에 대하여 少數說은 住宅의 讓受人은 讓渡人의 賃借人으로서의 지위를 承繼하는 것이 아니므로 賃借人으로서의 讓渡人이 義務를 이행할 때까지 특히 保證金を 반환할 때까지 住宅引渡의 請求를 거절할 수 있을 뿐이라고 한다. 住宅賃借保護法은 제3조 제2항을 규정하여 多數說의 입장을 지지함으로써 立法的으로 해결하였다.¹²⁾

이 對抗力의 제도는 賣買는 賃借를 깨뜨리지 못한다(Kauf bricht nicht Miete)라는 원칙의 선언인 동시에 對抗力의 주내용인 것이다. 여기서 법률적 의미는 賃借 存續中에 賃借住宅의 所有主가 변경되더라도 賃借關係는 新所有者에게 그대로 이전되어 賃借權이 소멸하지 않는다는 것을 의미하고 또 이를 賃借權의 效力이란 측면에서 보면 賃借인이 新所有者에 대하여 賃借權의 效力을 주장할 수 있는 權利를 가지고 있다는 것을 의미한다.¹³⁾

2) 對抗力 取得의 要件

住宅賃借保護法 제3조 1항에서 「賃借는 그 登記가 없는 경우에도 賃借인이 住宅의 引渡와 住民登錄을 마친 때에는 그 翌日로부터 제3자에 대하여 效力이 생긴다. 이 경우 轉入申告를 한 때에 住民登錄이 된 것으로 본다」고 규정하고 있어 住宅의 引渡와 住民登錄을

10) 星野英一, 「借地借家法」, 有斐閣, 1981, P. 272. 日本最高判, 昭和25年6月16日 民集4R卷, P. 20.

11) 李鎮江, 住宅賃借保護法令, 假登記擔保 등에 관한 法律解說, 1985, P. 34.

12) 金曾漢, 安二濬, 「新債權各論」, 博英社, 1970, P. 351. 郭潤直, 「不動產登記法」 大旺社, 1985, P. 300.

李在性, 「押留된 住宅을 賃借한 賃借人의 地位」, 判例月報 160호(1984. 1), P. 140.

13) 大法院, 判決集, 第14R卷 3輯(民法), P. 101.

對抗力の 取得要件으로 하고 있는데 이를 구체적으로 살펴 보기로 한다.¹⁴⁾

(가) 住宅의 引渡

住宅의 引渡란 住宅에 대한 사실상의 지배인 占有의 移轉을 뜻하는 바, 占有移轉의 態樣에 는 짐을 가지고 賃借住宅에 입주하거나 아파트의 경우 열쇠를 交付받는 현실의 引導, 賃貸借나 轉借인이 새로 賃貸借契約을 체결하여 賃借인이 되는 簡易引渡, 轉借住宅의 賃借權을 讓受한 경우의 返還請求權의 讓渡에 의한 引渡, 所有者가 사용하던 住宅을 他人에게 讓渡하면서 그 買受人으로부터 賃借하는 경우 등에 이루어지는 占有改正에 의한 引渡가 있다.¹⁵⁾

(나) 住民登錄

賃借法 제3조 1항은 외국의 立法에서는 볼 수 없는 특수한 제도이다. 同調에서 말하는 住民登錄은 住民登錄法에 규정한 行政節次에 따라 이루어지는데 退去申告와 轉入申告로 나누어 볼 수 있다.

退去 및 轉入申告에는 통반장의 확인, 退去 및 轉入申告, 退去 및 轉入申告의 접수증 교부, 그리고 내부결재를 거쳐야 하고, 退去할 때에는 3日 이내에 住民登錄票를 新住居地로 이송하게 되고 轉入申告를 할 때에는 住民登錄票를 정리 작성하여야 하고 이러한 退去, 轉入申告는 退去, 轉入한 때를 기준으로 각각 14日 이내에 하여야 한다.

그리고 同法에서 요구하는 住民登錄은 住民登錄票에 등록된 日字를 기준으로 하는 것이 아니라 轉入申告를 한 날을 기준으로 하므로 賃借인은 引渡를 받고 住民登錄申告만 하여 놓으면 對抗力を 취득한다. 이때의 轉入申告는 사실과 일치하는 적법한 轉入申告여야 하며, 住民登錄은 賃借人 자신의 住民登錄을 가리키는 의문의 여지가 없다. 그러나 여기에 同居家族 등의 경우도 포함하느냐에 관하여 의문이 있으나, 共同居住者의 住居도 포함하는 취지로 보아 父母나 妻는 물론이고 사실상의 배우자 등도 住民登錄이 마쳐진 때에는 요건이 구비된 것으로 보아야 할 것이며 賃借物이 轉貸된 경우에 賃借人 이외의 轉借인의 住民登錄이 되어 있는 경우도 요건을 구비한 것으로 보아야 할 것이다.

3) 對抗力の 發生時期

住宅賃貸借保護法 제3조 1항은 「住宅의 引渡와 住民登錄을 마친 때에는 그 翌日로부터 제3자에 대하여 效力이 생긴다」라고 규정하고 있으므로 住宅賃借權이 對抗力を 취득하는

14) 宋希誠, 前掲書, P. 10. 金容漢, “建物 및 空地 賃借權의 對抗力”, 司法論集1集, (法院行政處) 1970, P. 33. 幾代通, “借家權의 對抗力” 「注釋民法」15 (東京:有斐各, 1974) P. 459~461.
 15) 我妻榮, 「債權各論」, (東京:岩波書店, 1978), P. 517~518. 幾代通, 前掲書, P.460. 재인용.
 李範注, “住宅賃借權의 對抗力”, 民事法の 諸問題(서울:博英社, 1985), P. 172.
 趙容完, “賃借權의 對抗力”, 裁判資料 第32輯(서울:法院行政處1985), P. 465.

시기는 引渡 및 住民登錄의 翌日부터이다. 따라서 引渡가 먼저 이루어진 경우에는 住民登錄이 있는 다음 날이, 住民登錄이 먼저 이루어진 경우에는 引渡가 있는 다음 날이 각각 住宅賃借權의 對抗力을 취득하는 시기이다.

그런데 住民登錄은 退去日 다음 날이 轉入日이 되므로 轉入申告日과는 차이가 있다. 예를 들면 退去는 96年 3月 2일에 있고 轉入申告는 3月 9일에 하였다고 하더라도 轉入日程은 96年 3月 3일로 되는 것이다. 여기서 住民登錄에 의한 對抗力은 轉入일에 취득하느냐, 轉入申告일에 취득하느냐 하는 의문이 생긴다. 文理解釋에 의한다면 轉入申告日의 다음날인 3月 10일에 對抗力을 취득한다고 볼 것이나 住民登錄이 수정절차에 의하여 지연될 수 있고 住宅賃借人을 보다 두텁게 보호하기 위하여 轉入일에 對抗力을 취득한다고 하여야 할 것이다.

이 문제에 관하여 최근의 判例는 轉入申告를 解除條件附로 하여 賃借인이 입주하면 그 翌日로부터 對抗力이 생긴다고 하고 있는데 이는 住宅賃借保護法의 立法趣旨에 맞는 것이라고 본다.¹⁶⁾

4) 對抗要件의 繼續性

住宅賃借權의 對抗要件이 일단 갖추어졌다 하더라도 제3자의 출현시까지 계속하여 존속되어야 한다. 住宅의 引渡는 물론 住民登錄도 계속 존재하여야 한다. 물론 賃借人の 家族, 子女, 妻 등과 같은 占有補助者 또는 轉借人 등 占有媒介者의 引渡, 住民登錄은 住宅賃借人の 引渡, 住民登錄으로 같음하여 對抗要件이 계속하여 존재하여야 함도 당연하다. 그런데 住宅賃借인이 賃借住宅에 거주하면서 本人을 포함한 全家族의 住民登錄을 退去한 경우는 어떻게 할 것인가?

住民登錄이 對抗力의 精確한 시기결정에 있다면 引渡만으로 對抗要件이 계속 존재한다고 볼 수는 없을까? 住宅賃借의 契約更新이 있는 경우에 새로운 引渡와 住民登錄을 하여야 하는가 아니면 현존하고 있는 引渡와 住民登錄에 의하여 그의 對抗力은 계속된다고 볼 것인가에 대하여도 의문이 있을 수 있으나 住宅賃借權의 保護를 위하여 對抗力의 繼續을 인정하여야 할 것이다.

5) 對抗力의 內容

(가) 所有權 取得者와의 關係

住宅賃借인이 住宅賃借保護法이 정한 對抗要件을 갖춘 후에 賃借住宅의 所有權을 취득한 자 즉 賃借住宅의 讓受人은 賃借人의 지위를 承繼한 것으로 본다(同法 제3조 2항).

16) 尹天熙, 「新住宅賃借保護法」, (서울: 문사, 1981), P. 86. 서울高判. 1982. 5. 28(81 나 231)
李鎭江, 前掲書, P. 55.

그러므로 讓渡人으로부터 目的物을 讓受받은 新所有者는 賃貸人地位의 當然承繼者가 되며 賃借人은 前賃貸人에게 대항할 수 있는 모든 權利를 目的物의 讓受人의 新所有者에게도 주장할 수 있게 된다.

그리고 종전의 所有者 즉 종전 賃貸人은 당연히 賃貸借關係에서 이탈하는지에 관하여 이를 긍정하는 것이 통설이다. 또한 賃借目的物의 新所有者가 그 所有權을 취득한 원인은 賣買, 贈與 등의 法律行爲에 의한 경우는 물론 競賣 또는 國稅徵收수법에 의한 公賣處分에 의한 경우와 같이 法律의 규정에 의한 경우도 포함된다.¹⁷⁾

이러한 賃借人의 지위의 承繼는 當然承繼이므로 賃借人에의 通知나 賃借人의 承諾을 필요로 하지 않는다. 當然承繼되는 賃貸借契約의 내용은 종전의 賃貸借契約과 같다. 民法 제 621조에 의하면 不動產賃借權을 登記하는 경우에는 不動產登記法 제 156조에 의하여 借賃, 存續期間의 정함이 있는 때나 借賃의 支給時期의 約定이 있는 때, 또는 賃借權의 移轉 또는 賃借物의 轉賃을 행한 때에는 그것이 신청서의 필요적 기재사항으로 되어 있으므로 이것이 登記되지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다고 해석하여야 할 것이나 住賃法上으로는 이러한 제약없이 종전의 賃貸借契約 內容은 모두 新所有者에게 그대로 承繼된다고 해석해야 할 것이다. 이러한 契約內容을 公示할 方法이 없는 現행법하에서 去來의 安全을 해할 염려가 있으므로 立法論으로는 특히 賃借保證金은 住民登錄票에 公示하는 등 方法이 필요할 것이라는 견해다.¹⁸⁾

(나) 抵當權者와의 關係

賃貸借의 目的인 住宅에 抵當權이 설정되어 있는 사실만으로는 抵當權과 상호배척의 문제가 발생하지 아니하나 抵當權이 실행되면 競落人의 所有權과 賃借權이 상호배척하는 관계가 생기게 되며, 競落에 의한 所有權은 그 抵當權 登記에 의해 보존된 優先順位보다 劣後의 權利를 부인할 수 있는 效力이 있으므로(競賣法 제3조) 결국 양자의 優劣問題는 抵當權의 登記日字와 賃借權의 對抗力取得日字의 先後에 의하여 결정된다.

(a) 賃借權의 對抗要件 具備가 抵當權設定登記보다 先行된 경우

이 경우에는 賃借權은 抵當權보다 先順位の 權利이므로 그 賃借權은 소멸하지 아니하고 競落人에 대하여도 그 效力이 생긴다. 즉 賃借住宅을 引渡받고 住民登錄을 마칠 때까지는 그 住宅에 抵當權이 설정된 바 없으나 그 이후에 抵當權이 설정되고 후일 그 抵當權에 의하여 競賣가 된 경우에는 賃借權은 抵當權보다 先順位の 權利이므로 競落人에게 대항할 수 있다.¹⁹⁾

17) 金容漢, 前掲論文, P. 33, 재인용.

18) 金曾漢, 安二濬, 前掲書, P. 385~ , 大法院例規, 송민83-1, 서울高判 1984.4.25[83 다 3565]하급심판결집 1984, 제2권, 법원행정처

한편 住宅賃借人에게 對抗력이 있다는 것은 賃貸人의 所有者가 바뀌더라도 賃借인이 新所有者에 대하여 중전의 賃貸借契約의 效力을 주장할 수 있다는 의미이므로 競賣節次에서 賃借保證金 債權에 관하여 競落代金에서 優先配當을 받을 수는 없다. 다만 住宅賃貸借保護法 제8조의 少額保證金에 해당하는 경우에는 最優先辨濟權을 행사할 수 있다.²⁰⁾

(b) 賃借權의 對抗要件 具備가 抵當權設定登記보다 늦은 경우

이 경우에는 抵當權이 賃借權보다 先順位の 權利가 되므로 競賣가 완료되어 競落代金이 完納되면 그 賃借權은 소멸된다. 그러므로 賃借인은 보호를 받지 못하고 그 住宅에서 退去 당하게 된다. 그리고 이 경우에는 賃借權者가 그 住宅에 抵當權의 설정사실을 사전에 알고 있었느냐 모르고 있었느냐에 관계없이 賃借權은 競落代金の 完納으로 소멸하는 것이므로 타인의 住宅이나 建物を 賃貸借하고자 할 때에는 최소한 登記簿를 열람하여 抵當權 설정 여부를 확인하여야 할 것이다. 다만 이러한 경우에 賃借인이 일반 債權者로서 配當에 참가하거나 당초의 賃貸人에게 賃借保證金の 返還을 請求할 수 있다.

(c) 제1순위 抵當權과 제2순위 抵當權 사이에 對抗要件을 구비한 賃借權이 있는 경우

1순위 抵當權者가 競賣를 申請한 경우에는 1순위 抵當權보다 뒤에 對抗要件을 취득한 賃借權은 競落代金の 完納으로 소멸하므로 위의 (b)의 경우와 다를 바 없다. 그러나 2순위 抵當權者의 競賣申請에 의해 競落이 된 경우에 競賣法 제3조 제2항 但書 및 民事訴訟法 제608조 제2항의 규정에 따라 제1순위 抵當權도 소멸되므로 賃借權보다 先順位인 제1순위 抵當權의 소멸로 그보다 後順位인 賃借權이 소멸하느냐하는 문제가 발생한다. 이 경우 賃借權은 競賣를 申請한 제2순위 抵當權보다는 우선하므로 제2순위 抵當權者의 競落申請으로 소멸하지 않고 競落人의 부담으로 남아 賃借인은 競落人에 대하여 賃借權을 주장할 수 있다는 견해가 있으나,²¹⁾ 賃借權은 소멸하고 競落人에 대항하지 못한다고 하는 견해가 우리나라 및 日本의 通說, 判例의 입장이다.²²⁾

여기서 문제되는 것은 最低競賣價格이 제1순위 抵當權者에게 배당되고 나머지 額이 있을 경우에 제2순위 抵當權者가 이에 대하여 最優先 辨濟權을 행사할 수 있느냐 아니면 賃借인이 제2순위 抵當權者에 우선하여 最優先 辨濟權을 행사할 수 있느냐 하는 것인바 賃借權者의 賃貸保證金を 競賣法 제34조 제32항의 傳貰權이 소멸하는 경우에 준하여 2순위 抵當權者에 우선하여 배당받을 수 있다고 해석하는 견해가 있다.²³⁾ 住宅賃貸借保護法 제8조

19) 大法院例規, 송민 83-1. “不動產 競賣節次에서 對抗力 있는 賃借人에 대한 配當與否”. 1984. 5. 14

20) 李鏞江, 前掲書, P. 39.

21) 金鼎鉉, 「競賣實務要論」上, P. 553. 大邱地法, 1984. 7. 31 선고 84가 합 13판결, 하급심판결집 3권, P. 305.

22) 高翔龍, “改正賃貸借保護法の 諸問題”, 判例月報 제168호, P. 13~14. 재인용.

23) 大法院例規, 1984. 9. 24. 송무회의 제69호.

는 이른바 少額保證金の 優先辨濟權을 인정하고 있으므로 위와 같은 경우에 이러한 少額保證金は 貸借保證金 返還請求權을 행사하여 그 競賣節次에서 배당요구를 하여 오히려 제1순위 抵當權者보다 우선하여 배당받을 수 있게 된다.²⁴⁾ 그러나 이러한 少額保證金이외의 일반 保證金에 관하여는 優先辨濟權을 인정할 아무런 근거가 없으므로 2순위 抵當權者에 우선하여 잔여 競落代金에서 辨濟받을 수 없다고 하여야 할 것이다.

그리고 最低競賣價格이 제1순위 抵當權者에 배당하여 잉여가 없을 경우에도 제2순위 抵當權者의 競賣申請을 인정할 수 있겠는가 하는 문제이다. 즉 強制競賣의 경우에는 이를 인정하고 있지 않지만(民訴6·8, 616조) 任意競賣의 경우에는 明文規定이 없어서 문제된다. 적어도 제1순위 抵當權者 또는 賃借人의 權利를 害할 목적으로 제2순위 抵當權者가 競賣를 申請할 때에는 권리남용으로 인정하여 이러한 權利行使를 제한하여 賃借人을 보호하는 방법도 생각할 수 있을 것이다.²⁵⁾

(다) 假登記權利者와의 關係

일반적인 경우, 즉 假登記가 경료된 다음에 賃借人이 對抗力을 취득하여도 그 후 本登記가 경료되면 假登記權者가 우선한다. 따라서 改正法 시행전에 假登記가 경료되고 改正法 시행후 本登記가 경료되면 住宅貸借의 對抗力이 本登記전에 갖추어졌다 하여도 假登記의 順位保全의 효력에 의해 改正法 시행전에 物權을 취득한 자와 동일하게 보아 對抗力 있는 賃借權에 우선하며 같은 이치로 假登記 후 本登記전에 對抗할 수 없게 된다.²⁶⁾

(라) 用益權 取得者와의 關係

동일주택에 賃借權과 用益物權 또는 賃借權끼리 경합되는 경우에는 먼저 對抗要件을 구비한 임차권 또는 用益物權이 그 이후에 對抗요건을 구비한 賃借權 또는 用益物權에 우선한다고 하는 것이 통설이다.²⁷⁾

3. 保證金 중 一定額의 保護

1) 少額保證金の 最優先辨濟權

(가) 意義

賃貸借중 일정한 범위까지의 少額保證金에 관하여 다른 物權보다 자기 채권의 우선변제를 받을 수 있는 권리로서(改正法 제8조 제1항) 이는 일정금액까지의 소액보증금을 보호하

24) 大邱高法. 1984. 9. 27. 宣告 84나 798判決. 하급심판결집 1984년 제3권. P. 244.

25) 大判 1986. 9. 9[86다카757]. 1984. 7. 14[83다카2131]. 서울高判 1982. 1. 18[81나2729]

26) 李範注. "住宅貸借權의 對抗力(下)". 法曹. 1983. 4. 33권 P. 18.

27) 幾代通. 民法(15). P. 171. 我妻榮. 債權各論. (日本: 岩度書店. 1962). P. 85~86.

기 위한 社會保障的 目的에서 특별히 인정된 강력한 권리이다. 즉 賃貸借은 債權契約의 일종으로서 그 효력은 당사자간에만 유효하며 제3자에 대하여 효력이 미치지 않는 것이 원칙이다. 따라서 賃借住宅에 抵當權 등 物權이 설정되어 있는 경우에는 賃貸借契約日字와 抵當權 등 物權의 設定日字의 전후에 관계없이 물권이 우선하게 되고 설령 賃貸借 登記를 하거나 引渡와 住民登錄을 마쳐 對抗力을 취득하였다 하더라도 그 對抗力은 對抗力 취득 이후에 物權을 취득한 자에 대해서만 주장할 수 있는 것이므로 賃借住宅에 先順位의 物權이 설정되어 있는 경우에는 對抗力은 아무런 효력도 발생하지 못하게 된다.

실제로 保證金을 내고 貰들어 살던 집의 先順位 抵當權者에 의한 競賣申請이나 假登記 權者의 本登記 실행으로 所有權이 이전되고 따라서 賃借人은 保證金을 한푼도 받지 못하고 퇴거당하게 되었다는 예는 「國民의 住居生活의 安定을 保障함을 基本目的」으로 하는 住宅賃貸借保護法이 외면할 수 없는 일이었다. 특히 零細庶民의 경우에는 賃借保證金이 그들의 전재산인 경우가 대부분이므로 이를 반환받지 못하고 賃借住宅에서 退去당하게 된다는 것은 커다란 社會問題가 아닐 수 없다.

따라서 零細庶民의 賃借保證金을 우선적으로 보호하여 줌으로써 이러한 사회문제를 해결하고 國民의 住居生活의 安定을 보장하기 위하여 住宅賃貸借保護法은 이에 관한 특례를 규정하여 住宅賃借人에게 소액의 保證金에 관하여 다른 擔保物權者보다 자기 債券의 優先辨濟를 받을 권리를 부여하였다.

最優先辨濟權은 少額賃借權者를 先順位 擔保權者보다 우선하여 보호함으로써 少額賃借權者의 財產權을 강력하게 보호한다는 장점이 있으나, 반면 先順位 擔保權者의 기득 이익을 침해하는 결과 擔保物權制度를 약화시킬 뿐만 아니라 住宅의 擔保價値를 떨어뜨려 庶民金融을 어렵게 하는 점 등은 단점으로 지적되고 있다.²⁸⁾

(나) 少額保證金の 範圍

(a) 地域的 範圍

賃借住宅의 競落代金에서 最優先 辨濟權을 주장할 수 있는 賃貸借의 保證金은 住宅賃貸借保護法 施行令 제3조 제1항에서 규정된 「서울특별시 및 5개 직할시」는 3,000만원 이하인 賃借人에 대하여 「1,200만원까지」, 「기타 지역」은 2,000만원 이하인 賃借人에 대하여 「800만원까지」 보장된다.

(b) 物的範圍

少額保證金の 優先辨濟를 받을 수 있는 목적물은 當該 賃借住宅에 한하고 住宅賃貸借保護法 제8조 제3항은 優先辨濟를 받을 賃借人의 保證金 중 一定額으로 우선적 변제를 받을

28) 高翔龍, "住宅賃貸借保護法の 諸問題", 判例月報 통권 제168호, 1984. 9. 재인용.

李銀榮, "住宅賃貸借保護法에 관한 研究", 法曹 제31권 1982. 4. P. 20.

수 있는 범위는 住宅價格의 2分の 1에 해당하는 금액에 한한다. 그러므로 주택에 관한 물권을 취득하려 하는 경우에는 住宅價額의 2分の 1을 상한으로 함이 현명한 처사일 것이다.

예컨대 서울특별시에서 垆地 포함 住宅價額이 2,000만원이고 住宅에 保證金 1,200원으로 임대차 계약이 체결되면 800만원 범위내에서만 우선변제권이 인정된다. 垆地, 住宅이 住宅賃貸人의 소유일 경우에는 擔保物權 등의 실행에 의하여 住宅과 垆地가 함께 競賣되거나 分離賣된다 할지라도 住宅賃借人은 垆地, 住宅의 競落代金에서 保證金을 우선변제받을 수 있다고 보아야 할 것이나 垆地가 타인의 소유라면 土地와 家屋은 별개의 不動産이므로 住宅價額에서 優先辨濟를 받을 수 있다고 하겠다.

즉 이 경우에는 垆地는 우선 변제권의 目的財産에 포함되지 않는다고 보아야 한다.

또한 同法施行令 제3조 제3항은 하나의 住宅에 賃借人이 2인이상이고 그들의 少額保證金の 合算額이 住宅價額의 2分の 1을 초과하는 경우에는 保證金の 합산액에 대한 각 賃借人의 비율로 住宅價額의 2分の 1에 해당하는 금액을 각 賃借人의 保證金중 일정액으로 한다고 규정함으로써 住宅價額의 2分の 1을 초과할 수 없다고 하여 先順位擔保物權者를 보호하고 數人의 住宅賃借人은 少額保證金の 비율에 따라 보호하고 있다.²⁹⁾

(c) 時的範圍

競賣節次에서 少額保證金の 범위내에서 最優先辨濟를 받으려면 최우선변제전의 주장시(配當要求請求時)까지 임대차가 종료할 것이 요구된다(同法 제2조 제2항, 제3조의 제1항 但書). 비록 住宅賃貸借保護法 제4조에서 “賃貸借가 終了한 경우에도 賃貸人이 保證金을 반환받을 때까지는 임대차 관계는 존속한 것으로 본다”라고 규정하고 있으나 이는 보증금반환채무와 임차주택의 명도의무의 동시이행관계를 인정하는 취지의 규정으로 해석되므로 임차인이 주택의 競落代金에서 少額保證金の 優先辨濟權을 주장하려면 임대차가 종료되어야 한다.³⁰⁾

소액보증금의 最優先辨濟를 받기 위해 어느 시점까지 그 요건을 구비할 것이 필요한가에 관하여 소유권이전시설, 압류시설, 경매시설, 등기시설 등의 견해가 있었으나,³¹⁾ 現行改正法은 賃借人은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 위 對抗力 등의 요건을 갖추어야 한다고 규정하여 이를 立法的으로 해결하였다(同法 제8조 제1항).

(다) 最優先辨濟權의 性質

少額保證金の 優先辨濟權은 다른 先順位擔保物權者보다 自己 債權의 優先辨濟를 받을 권리를 말한다. 그런데 실제에 있어서 住宅賃借人이 少額保證金の 優先辨濟를 받는 것은

29) 法務部, 民商法改正特別審議委員會 「改正案에 대한 各界意見書」, p. 29.

30) 李鍵浩, 住宅賃貸借紛爭에 관한 法律相談의 實情 「法曹春秋」, 통134호(1986년1호), P. 105. 재인용

31) 高翔龍, “住宅賃貸借保護法 中 「改正法律」의 解說” 司法行政, 1983. 2. P. 245.

趙容完, “賃借權의 對抗力” 裁判資料 제3집, 서울 : 法院行政處, 1985. P. 49 ~ 50.

競賣에 의한 抵當權의 실행에 따라 다른 先順位擔保物權者보다 優先配當을 받는 것이다.

住宅貸借保護法은 住宅賃借人의 少額保證金의 優先辨濟權을 규정하고 있으나 競賣請求權에 대해서는 아무 규정을 하지 않고 있다.³²⁾ 따라서 住宅賃借人이 優先辨濟權을 행사하려면 少額保證金의 返還請求權에 관한 確定判決과 같은 債務名義를 받아 競賣를 신청하여야 함은 競賣法 또는 民事訴訟法의 規定趣旨에서 보아 당연하다 할 것이다. 同法이 競賣請求權을 인정하지 않는 것은 同 優先辨濟權이 先順位擔保物權에도 우선할 수 있기 때문에 최소한의 少額保證金의 반환을 확보한 것이고 少額保證金의 반환과 주택의 引渡는 同時履行의 관계에 있으므로 住宅賃借人의 居住權은 침해되지 않는 데 있다고 볼 수 있다.

또한 少額保證金은 先順位擔保物權者에 대해서 우선변제를 받을 수 있기 때문에 住宅賃借權의 對抗要件은 별문제가 아닌 것 같으나 실제에 있어서는 최소한 所有權이 移轉되기 전에 對抗要件을 구비하여야 한다. 少額保證金은 優先辨濟權을 가지기 때문에 對抗要件을 필요치 않다고 한다면 假裝賃借人을 造作하여 先順位擔保權者 등을 해칠 수 있기 때문에 住宅賃借人은 반드시 후에라도 對抗要件을 구비하여야 한다 할 것이다.³³⁾

(라) 最優先辨濟의 效力

(a) 一般債權者에 優先

住宅貸借保護法 제8조 제1항은 「賃借人은 保證金증 一定額을 다른 擔保物權者보다 ··· 우선 변제를 받을 권리가 있다」고 규정하고 있는데 擔保物權者는 一般債權者보다 우선하므로 少額賃借人이 一般債權者에 우선하는 것은 당연하다. 따라서 一般債權者가 假押留 또는 押留를 하였다 하더라도 住宅賃借人은 住宅賃借權의 성립시기에 관계없이 一般債權者에 우선하여 少額保證金을 辨濟받을 수 있다.³⁴⁾

(b) 擔保物權에 優先

주택임대차보호법 제8조 제1항은 住宅賃借人은 少額保證金에 관하여 다른 擔保物權者보다 우선 변제권이 있음을 규정하여 少額保證金의 住宅賃借人은 최소한 擔保物權者에 우선할 수 있다.

(c) 國稅와 地方稅에 優先

1985년 1월 1일부터 시행된 國稅基本法 제35조 제1항 제4호와 地方稅法 제31조 제2항 제4호는 住宅貸借保護法 제8조가 통용되는 少額賃借에 관하여 少額保證金이 國稅 地方

32) 趙鍾炫의 2인, "住宅貸借保護法의 立法論的 考察", 社會科學 제9집(조선대 사회과학연구 1986), P. 78. 李建浩, 前掲論文, P. 105.

33) 李鎮江, 前掲書, P. 100.

34) 大法院例規, 송무회의 69호 1984. 9. 24.

稅에 우선하여 辨濟를 받을 수 있다는 것을 인정하였다.³⁵⁾

(마) 最優先辨濟權의 行使

(a) 債務名義에 의한 行使

住宅賃借人은 債務名義를 얻어 少額保證金의 優先辨濟를 받을 수 있다. 少額保證金의 우선 辨濟를 위하여 住宅賃借人은 賃借住宅의 競賣請求權을 행사할 수 없기 때문에 住宅賃借의 기간 만료 또는 기타 사유로 종료되어 賃貸借關係를 청산하고 少額保證金의 優先辨濟를 받기 위하여는 少額保證金의 返還請求訴訟을 제기하여 確定判定을 받는 등 債務名義를 얻어 強制競賣를 신청한 후 競賣節次에 따라 競落代金에서 우선변제를 받을 수밖에 없다. 물론 學說과 判例는 住宅賃借人이 少額保證金의 반환을 받을 때까지 賃貸借關係가 존속하는 것으로 의제하는 法定賃借權을 인정하고 있기 때문에 住宅에는 지장이 없다 하겠다. 그러나 住宅賃借人이 여러 사정에 의하여 賃貸借關係를 종료하려 하여도 少額保證金과 裁判費用의 관계 그리고 복잡한 절차 등으로 실제 債務名義를 얻어 少額保證金의 優先辨濟를 받는다는 것은 매우 어려운 일일 것이다.

(b) 抵當權者 또는 一般債權者의 競賣에 의한 行使

住宅賃借人은 住宅賃貸借期間中이라도 抵當權者 또는 一般債權者가 賃借住宅을 競賣申請하였을 경우에는 住宅賃貸借關係를 종료시키고 競賣法院에 少額保證金의 배당을 요구하여 最優先辨濟를 받을 수 있다. 이 경우 그 競賣住宅에 대한 이해관계인으로서 권리신고를 하는 것만으로는 배당요구를 한 것으로 볼 수 없게 된다. 그리고 배당요구는 競落代金の 배당이 가능한 최후 시기인 배당기일까지 행하면 된다.³⁶⁾

2) 優先辨濟權

(가) 意 義

住宅賃借保證金에 대한 優先辨濟權이란 他人의 주택을 賃借하여 對抗力과 임대차 계약 증서상의 확정일자를 갖춘 賃借人에게 當該賃借住宅(垆地포함)의 공매대금에서 後順位權利者 기타 債權者보다 우선하여 保證金을 변제받을 수 있는 권리를 말한다. 구법률에서는 賃借人의 입주시보다 후에 설정된 擔保物權 등이 賃借人보다 우선변제를 받는 일이 있었는데 賃借人의 입주시보다 후에 설정된 擔保物權 등 보다 우선하여 변제받도록 하여 賃借權의 지위를 강화한 것이다.

35) 高翔龍, 上揭論文, P. 242~243. 李鍵浩, 前掲書, P. 106. 재인용.

36) 李鏗江, 前掲書, P. 110.

(나) 優先辨濟權의 成立要件

(a) 對抗력을 구비할 것

賃借인이 賃借住宅을 인도받고 주민등록 또는 전입신고를 하여야 한다(同法 제3조 1항, 제3조의 2 제1항).

(b) 賃貸借契約의 終了

競賣節次에서 少額保證金の 범위내에서 優先辨濟를 받으려면 優先辨濟權의 주장시(配當要求 申請時)까지 賃貸借가 終了한 것이 요구된다(法 제2조 2항, 제3조의 2 제1항 但書). 비록 法 제4조에서 “賃貸借가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 賃貸借關係는 存續한 것으로 본다”라고 규정하고 있으나 이는 保證金返還 債務와 賃借住宅의 명도의무의 동시이행관계를 인정하는 취지의 規定으로 해석되므로 一般保證金の 賃借人은 주택의 競落代金에서 優先辨濟權을 주장하려면 賃貸借가 종료하여야 한다.

(c) 確定日字를 갖출 것

確定日字란 그 날짜 현재에 그 문서가 만들어졌다는 것을 증명하기 위하여 公證人 또는 法院書記가 임대차계약서상에 확정일자부의 번호나 일자인을 찍는 것을 말한다. 확정일자인을 받기 위해서는 임대인의 동의를 필요 없으므로 임차인 혼자서도 법원이나 공증인에게서 수수료 300원을 납입하고 받을 수 있으며, 임대차계약을 공증하였을 때에는 확정일자인을 갖춘 것으로 되므로 별도로 확정일자인을 받지 않아도 된다.

(d) 保證金の 額數問題

賃借保證金を 最優先辨濟 받는 금액은 앞에서 살펴본 바와 같이 少額保證金이어야 함에 반하여 우선 변제권의 보호를 받게 되는 賃借人의 보증금에는 제한이 없어서 住宅價額의 1/2을 초과하여도 무방하다.

(e) 既存擔保物權者에 대한 관계

現行 改正法 시행전(1989. 12. 30 이전)에 임대주택에 대해 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정에 의하므로(同法 부칙 제1조) 위의 변제권은 대항력의 구비순위에 따른 임차보증금 상환을 구할 수밖에 없는 결과 예컨대 1번 저당권 설정 후 체결된 住宅賃借保證金은 그 후에 설정된 2번 抵當權의 후순위로 변제받게 된다.

(다) 優先辨濟權의 內容

(a) 內 容

對抗력과 賃貸借 계약증서상에 確定日字를 갖춘 賃借人은 民事訴訟法 및 競賣法에 의한

競賣 또는 국세징수법에 의한 公賣시 賃借住宅(垡地 포함)의 換價代金에서 後順位權利者 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 수 있다. 그 순위는 制限物權의 成立時期와 住宅賃借權의 對抗要件具備時期를 기준으로 결정됨은 물론이다.

(b) 最優先辨濟權과의 관계

最優先辨濟權이 少額保證金에 한하여 언제나 제1순위의 효력을 지님에 반하여 優先辨濟權은 성립시기에 따라 그 효력이 발생하는 점에서 크게 차이가 난다. 위 두 권리 및 抵當權의 3자 사이의 효력관계에 관하여 임차주택이 競賣되었을 때 競落代金이 어떻게 분배되는가를 예를 들어 살펴보면 다음과 같다.

서울특별시에서 경매가격 9천만원의 주택에 甲이 4천만원의 抵當權을 설정한 뒤에 乙이 4천만원, 丙이 3천만원, 丁이 2천만원의 보증금으로 전세살면서 住民登錄, 轉入申告 및 確定日字印이 乙, 丙, 丁의 순서로 행해진 상태에서 그 뒤 A가 위 주택에 3천만원의 抵當權을 설정했다면 위 주택이 競賣되었을 경우 각 얼마나 변제를 받게 되는가?

우선 그 순위에 관계없이 最優先辨濟權을 가진 賃借人이 가장 먼저 辨濟를 받게 되는데, 서울특별시에서는 3천만원 이하의 保證金으로 입주한 賃借人에게만 1200만원 범위내에서 最優先辨濟權이 인정되므로 丙, 丁은 우선하여 각 1200만원을 변제받는다. 위 最優先辨濟權이 인정된 금액을 제외한 나머지 6,600만원에 대하여는 乙, 丙, 丁의 우선변제권보다 甲의 抵當權이 先順位이므로 甲이 3,000만원을 받게 되고 나머지 2,600만원을 乙이 변제받게 되어 결국 甲은 4천만원, 乙은 2천 6백만원, 丙, 丁은 각 1200만원을 변제받게 되고 A는 전혀 변제받지 못하게 된다.

(c) 優先辨濟權의 行使

우선 辨濟權을 행사하기 위하여는 配當要求등이 필요함은 優先辨濟權의 행사에서 언급한 바와 같다. 다만 最優先辨濟權의 행사와 다른 점은 임차인이 賃借住宅를 讓受人에게 引渡하지 않으면 위 保證金을 受領할 수 없다는 것인데 (同法 제3조의 제2항) 이는 일반 賃借保證金の 변제와 賃借住宅의 明渡가 同時履行關係에 있는 점에 비추어 볼 때 先明渡라고 하기보다는 역시 同時履行關係라고 해석해야 할 것이다.³⁷⁾

4. 存續期間과 解止의 制限

1) 民法上の 賃借期間

賃借에는 當事者間에 기간의 약정이 있는 賃借와 기간의 약정이 없는 賃借의 두

37) 朴聖哲, 少額保證金の 優先辨濟와 競賣實務, 法律新聞, 1984. 11. 5. 재인용.

가지 종류가 있다.

기간의 약정이 없는 貨貸借의 경우에는 當事者는 언제든지 契約解止의 通告를 할 수 있고(民法제635조1항) 그 解止通告는 그 通告가 상대방에 도달한 날로부터 土地, 建物, 기타 工作物에 대하여는 貨貸人이 통고한 경우에는 6월, 賃借人인 통고한 경우에는 1월이 경과하면 그 효력이 발생한다(民法 제635조 2항).

기간의 약정이 있는 貨貸借는 당사자 일방 또는 쌍방이 그 기간중에 解止할 권리를 保留한 경우와 貨貸借契約上의 義務를 履行하지 아니하거나, 賃借人이 破産宣告를 받은 경우를 제외하고는 약정기간 동안은 貨貸借가 계속 존속하게 된다(民法 제636조).

그러므로 民法上(住宅)貨貸借의 경우에 기간의 약정이 없는 경우에는 解止通告의 제한이 없으므로 6개월 정도만 존속기간이 보장되고 기간의 약정이 있는 경우라도 最短存續期間에 관한 규정이 없으므로 貨貸人의 의사에 따라 존속기간이 결정되게 된다. 이렇게 되면 住宅賃借人의 주거생활의 안정을 기할 수 없으므로 住賃法은 住居賃貸借의 존속기간에 관하여 특별규정을 두어 국민의 주거생활의 안정을 보장하였다.

2) 住宅賃貸借保護法上의 貨貸借의 存續期間³⁸⁾

민법상 貨貸借에 있어서는 貨貸人(家屋所有者)의 편의에 따라 住宅賃貸借에 있어서는 6월의 短期의 貨貸期間이 정하여지는 예가 수없이 많았으며 또 기간을 정하지 않고 있다가 언제든지 貨貸人이 解止할 수 있게 하는 예도 적지 않았다. 다만 貨貸人이 解止通告하는 경우에 6월의 解止期間만을 두었을 뿐이므로(民法 제655조 2항) 賃借人은 1년 미만의 기간에 집을 비워 주고 옮겨 다녀야 하는 어려움을 겪었다. 따라서 改正法에서 住宅賃貸借의 기간은 賃借人의 의사에 따라 자유로이 정할 수 있으나 그 기간을 2년 미만으로 정한 때에는 기간의 정함이 없는 貨貸借로 본다(同法 제4조 1항)고 규정하여 住宅賃貸借의 기간을 最小限 2年間 보장하였다. 그리고 기간의 약정이 없는 경우나 기간을 2년 미만으로 정한 경우라도 賃借人側에서는 契約締結 이후 언제든지 解止通告를 할 수 있고 그 해지통고의 효력은 그 통고가 貨貸人에게 도달한 날로부터 1월이 경과하면 발생되므로(民法 635조 2항) 賃借人은 언제든지 貨貸借關係를 종료시킬 수 있다.

또 同法 제4조 제2항은 “貨貸借가 終了한 경우에도 賃借人이 保證金을 반환받을 때까지는 貨貸借關係는 존속하는 것으로 본다”라고 규정하여 貨貸人이나 그 지위를 承繼한 讓受人이 保證金을 반환하지 않고 있을 때에는 貨貸借는 계속되는 것으로 간주하고 있다. 賃借人인 保證金을 반환받지 못하고 引渡訴訟을 당하여 쫓겨나는 일이 없도록 하기 위하여 貨貸借가 期間滿了, 解止通告 등의 사유로 종료되었다 하더라도 貨貸人이나 賃借住宅을 讓受人 사람이 보증금을 반환하지 않고 있는 경우에는 貨貸借는 承繼存續하는 것으로 규정하

38) 高翔龍, “住宅賃貸借保護法の 問題點과 그 改善方向, 考試研究, 통권104호(1982.11), P. 107~

여 賃借人을 보호하고 있다.

3) 解止의 制限

(가) 民法上の 賃貸借解止事由

賃貸人の 賃貸借契約 解止事由로서 民法은 賃借人이 賃貸人の 동의없이 賃借權을 讓渡하거나 賃借物을 轉貸하는 경우(民法 제629조 제2항), 賃借人の 賃借延滯額이 2회에 달한 경우(民法 제640조), 그리고 존속기간이 약정이 없는 賃貸借契約을 체결하였을 경우(民法 제635조 제1항)에는 賃貸人은 언제든지, 賃借人이 破産宣告를 받은 경우에는 賃貸借期間의 약정이 있을 때에도 賃貸人은 賃貸借契約을 해지할 수 있도록 하였다(民法 제637조 1항).

(나) 住宅賃貸借保護法上 解止事由와 制限

賃借法에서는 기간의 약정이 없는 賃貸借라도 賃貸人은 계약을 체결한 날로부터 6월을 경과하지 아니하면 계약의 解止通告를 할 수 없도록 하고 있다(同法 제5조). 이 규정은 同法 제4조의 2년의 존속기간 보장에 따라서 改正法에서는 삭제되었다. 그리고 解止로는 賃貸人이 賃借人の 의사에 반하여 보존행위를 하는 경우에 賃借人이 이로 인하여 賃借의 목적을 달성할 수 없는 때(民法제625조), 존속기간의 약정이 없는 賃貸借契約을 체결하였을 경우(民法제635조 제1항), 賃借物의 일부가 賃借人の 過失 없이 滅失하여 그 殘存部分으로는 賃借目的을 달성할 수 없는 경우(民法 제627조)에는 賃借人은 賃貸借契約을 解止할 수 있도록 하였다. 그러나 賃借人保護를 위한 규정도 賃借人으로서의 의무를 다하지 않을 경우, 즉 2기에 달하도록 借賃을 遲延하거나 기타 賃借人으로서의 의무를 현저히 위반한 賃借人에 대하여는 계약의 更新에 관한 규정의 적용을 받지 않도록 하고 있다(同法 제6조).

5. 借賃의 增減請求權³⁹⁾

1) 借賃增減請求權의 意義

賃貸人과 賃借人 사이에 약정한 賃借保證금이 주택의 수요와 공급의 변화나 賃借住宅에 관한 租稅, 公課金 기타 負擔의 增減이나 경제사정의 변동으로 인하여 相當하지 않게 된 때에는 장래에 대하여 그 增減을 청구할 수 있도록 하였다(同法 제7조). 다만 增額의 경우에는 大統領令에 의하여 約定賃借등의 20分の 1의 금액을 초과할 수 없으며, 1년 이내에는 재차 청구할 수 없도록 하였다(同法 제7조단서, 同法施行令 제2조).

39) 高翔龍, "住宅賃貸借保護法 中 「改正法律의 解説」", P. 236 ~ 재인용.

2) 借賃 등의 統制

住宅의 需要에 미치지 못하는 住宅供給의 부족으로 借賃이나 保證金은 住宅價格의 上昇과 투기적 목적에 결부되어 물가수준을 앞지르고 있다. 따라서 현재의 住宅賃借人의 주거의 안정을 마련하기 위하여 借賃이나 保證金の 과도한 인상을 억제할 필요성이 있다.

그래서 同法 제7조에서는 借賃등 增減請求權의 요건으로서 「約定한 賃借 또는 保證金이 賃借住宅에 관한 租稅, 公課金 기타 負擔의 增減이나 經濟事情의 변동으로 인하여 상당하지 아니한 것」을 들고 있는데 이 경우에 당사자는 장래에 대하여 그 增減을 청구할 수 있다고 규정하고 同法 7조 但書에서 借賃, 保證金의 增額은 大統領令이 정하는비율을 초과할 수 없다고 하고, 同法施行令 제2조 제2항은 借賃 등의 增額請求는 賃貸借契約 또는 약정한 賃借 등의 增額이 있는 후 1년 이내에는 하지 못한다고 규정하여 借賃의 統制를 하고 있다. 그러나 同 規定은 본래의 住賃法의 취지와는 달리 오히려 매년 住宅借賃을 인상하는 결과를 가져와 住宅賃借人을 보호하려는 본래의 목적과는 동떨어진 결과를 가져오고 말았다.⁴⁰⁾

同法施行令 제2조 1항은 그 借賃 또는 保證金의 增額請求限度額을 20分の 1이라고하여 更新契約時는 5% 이상의 借賃引上이 불가능하지만 처음으로 賃貸借契約를 체결하거나 賃貸借終了후에 住宅賃貸借의 契約를 체결하는 경우에는 5% 이상의 借賃引上이 가능하므로 住宅賃貸人은 매년 新住宅賃借人을 찾아 住宅賃貸借契約를 체결함으로써 借賃이나 保證金を 증액할 수 있게 되었으며 반대로 住宅賃借人은 매년 借賃이나 보증금을 인상하여 주거나 新住宅을 찾아 다녀야 하는 결과를 낳게 되었다.

6. 住宅賃借權의 承繼

1) 意 義

住宅賃貸借에서 賃借人과 그 가족들에게 가장 중요한 일은 그 賃借住宅에서 모두 함께 안정된 생활을 하는 것이라고 볼 수 있는데 賃借人이 死亡한 경우에 그러한 賃借人과 同居하여온 가족은 종전과 마찬가지로 當該住宅에서 주거를 계속할 수 있는가의 문제가 있다. 즉 여기서 문제가 되는 것은 死亡賃借人과 同居하여온 가족이 相續人이 아닌 경우, 예컨대 사실상 婚姻關係에 있었던 者라든가 사실상의 妻子인 경우 또는 後順位 相續人인 경우에도 死亡賃借人의 相續人 有無에 관계없이 當該住宅에서 居住를 계속할 수 있는가 라는 점이다. 만약 이러한 同居家族이 相續人이 아니라는 이유로 또는 後順位 相續人이라는 이유로 賃貸人 또는 先順位相續人이 當該住宅의 明渡를 청구할 수 있다면 이것은 死亡賃借人과 同居해온 가족으로서는 심각한 문제가 된다.

40) 高翔龍, 上揭論文, P. 117~118. 尹天熙, "住宅賃借權의 承繼規定의 問題點", 韓國民事法學會, (서울:司法行政學會, 1985), P. 213~

2) 住宅賃借權의 承繼者⁴¹⁾

(가) 相續權者 없이 賃借인이 死亡한 경우

賃借인이 相續權者 없이 死亡한 경우에는 賃借인과 그 賃借住宅에서 家族共同生活을 하던 사실상의 婚姻關係에 있는 者는 賃借인의 權利와 義務를 承繼한다(同法 제9조 1항). 즉 賃借인의 지위를 그대로 承繼하므로 從前 賃貸借期間滿了時까지 그 住宅에서 계속 居住할 수 있으며 賃貸借期間만료시에는 임차인이 지급하였던 保證金 또는 傳賃金을 반환받을 권리도 가지게 된다. 또한 賃借인으로서의 義務도 負擔하게 된다. 여기에서 말하는 「事實상의 婚姻關係에 있는者」라 함은 서로가 婚姻의 의사를 가지고 함께 家庭生活을 하고 있으나 婚姻申告를 하지 않은 상태에 있는 者를 말하고 「相續權 없이」라 함은 民法上的 法定相續權者가 없는 경우는 물론이고 民法제1004조의 규정에 의한 財産相續인의 缺格者로 된 경우도 포함한다고 본다.

(나) 相續權者가 있는 경우

相續權者가 賃借인 및 賃借인의 사실상의 婚姻關係에 있는 者와 家族共同生活을 하고 있던 경우에는 賃借權에 관하여 民法上的 相續規定을 적용하여도 賃借인의 사실상의 婚姻關係에 있는 者의 住居生活의 안정을 害할 염려가 없기 때문에 民法의 상속규정을 그대로 적용하여 사실상의 婚인관계에 있는 자는 상속하지 못하고 相續權者만이 賃借權을 상속한다. 그러나 相續權者가 賃借인과 家族共同生活을 하고 있지 않았던 경우에는 賃借인과 家族共同生活을 하던 사실상의 婚姻關係에 있는 者와 2寸 이내의 親族은 공동으로 賃借權을 承繼한다(同法 제9조2항). 그리고 2寸 이내의 親族이 모두 共同承繼한다는 의미가 아니라 民法 제1000조의 규정에 의한 財産相續의 순위에 따른 先順位相續權者만이 사실상의 婚姻關係에 있는 자와 共同承繼한다는 의미로 해석하여야 할 것이다.⁴²⁾

3) 賃借權의 承繼拋棄

住宅賃借權의 承繼者는 1개월 이내에 賃貸인에 대하여 반대의사를 표시하여 住宅賃借權의 承繼를 포기할 수 있다(同法 9조3항). 즉 承繼의 효과가 발생하면 그 賃貸借關係에서 생긴 債權, 債務도 모두 承繼인에게 歸屬되므로(9조 4항) 住宅賃借인의 債務가 債權을 초과하는 경우에는 住宅賃借權의 承繼者에게 예기치 않은 不利益을 주게 되므로 이 경우 承繼者가 住宅賃借인의 死亡日로부터 1개월 이내에 住宅賃借權을 포기할 수 있다고 하여 住宅賃借權의 承繼者를 보호하고 있다. 이때 賃借인의 權利만 承繼하고 義務는 承繼하지 아니하겠다는 의사표시는 허용되지 않는다.

41) 高翔龍. "住宅賃借權의 承繼(下)". 司法行政 통290호(1985. 2) P. 65~. 尹天熙. 前掲論文. P.214~

42) 尹天熙. 住宅賃借權承繼規定의 問題點. 法律新聞(1984. 5. 28)

4) 賃借權承繼의 效果

(가) 賃借權의 權利 義務의 承繼

住宅賃借保護法 제9조 4항에 따라 賃借權의 承繼取得者는 賃借契約의 내용이 되는 權利, 義務를 모두 포함한다. 따라서 사실상의 婚姻關係에 있는 者 또는 2寸 이내의 親族은 死亡한 賃借人이 賃貸人에 대하여 가지고 있던 權利 즉 當該住宅에서 契約期間까지 거주할 수 있는 權利, 保證金등 返還請求權 賃借住宅의 修繕請求權(民法 제623조), 費用償還請求權(民法 제626조)등을 承繼取得하며 賃借人이 賃貸人에게 負擔하는 義務 즉 當該住宅의 契約內容에 따라 使用, 收益하여야 할 義務, 借賃 등을 支給하여야 할 義務, 契約期間滿了 기타 賃借가 終了되었을 때 賃借住宅을 明渡해 줄 義務 등도 承繼한다.

(나) 賃貸關係에서 發生한 債權 債務의 承繼

(a) 住宅賃借人의 債權承繼

住宅賃借權의 承繼者는 住宅賃借人의 債權을 承繼한다. 따라서 住宅賃借權의 承繼者는 住宅賃貸關係에서 發生한 住宅賃借權의 존속기간 동안 居住할 수 있는 居住權, 借賃支給時期, 支給方法 그리고 保證金의 返還請求權 必要費, 有益費의 償還請求權, 附屬物買受請求權 등도 承繼하게 된다.

(b) 住宅賃借人의 債務承繼

住宅賃借權의 承繼者는 家庭共同生活의 진후나 住宅賃借人의 死亡의 진후에 관계 없이 住宅賃借權을 承繼한 이상 住宅賃貸關係에서 發生한 모든 債務를 承繼한다. 예컨대 住宅賃借人이 當該住宅의 일부를 故意 또는 過失로 破損하여 賃貸人에 대하여 不法行爲 또는 債務不履行으로 인한 損害賠償債務을 負擔하는 경우에 賃借權의 承繼人이 그 損害賠償債務도 承繼한다는 것이다. 住宅賃借權의 承繼者는 住宅賃貸關係에서 發生하는 賃借住宅의 用法에 따라 使用義務, 借賃支給義務등 모든 義務를 承繼한다.

(다) 法律上の 當然承繼

賃借權의 承繼가 承繼人에 不利益한 결과를 가져올 우려가 있거나 賃借權의 承繼가 不必要하다고 판단될 경우에는 賃借人이 死亡한 후 1개월 이내에 賃貸人에게 賃借權을 承繼하지 아니한다는 의사표시를 할 수 있다(同法 제9조 3항). 그러나 賃借權의 承繼는 賃借人이 死亡한 즉시 法律上 當然히 承繼되므로 賃借人의 사실상의 婚姻關係에 있는者와 2寸 이내의 친족은 賃借人에 대하여적극적으로 賃借權을 承繼하겠다는 의사표시를 할 필요는 없다.

IV. 住宅賃貸借保護法の 問題點과 改善方向

1. 適用範圍

住宅賃貸借保護法 제2조는 住居用 建物の 전부 또는 일부가 住居 이외의 목적으로 사용되는 경우에도 적용한다는 규정을 두었다. 즉 住居用과 非住居用的 兼用建物도 적용하도록 하여 그 保護對象範圍를 확대하였으나 營業用建物, 零細的인 小型店舖 그리고 住居와 관계 없는 事務室의 賃貸借에 대해서는 규정하고 있지 않아 그 보호대상에서 제외된 점은 立法的으로 미흡한 감이 있다.

특히 타인 소유의 건물을 賃借하여 營業을 하는 零細商人의 경우 建物所有者의 지나친 借賃引上이나 解止威脅 또는 權利金 등의 문제로 많은 곤란을 겪고, 營業에 필요한 施設費를 投資하여 營業을 개시해도 短期의 賃借期間으로 인하여 자기營業에 관한 장기적인 사업계획을 마련하기가 어려우며 借賃引上의 파급효과는 建物價格이나 物價上昇의 요인이 되고 있다.

외국의 立法例를 살펴 보면 獨逸과 英國에서는 住居用과 營業用的의 경우를 구분하여 각각의 特別法을 제정하였고 日本은 住居用建物과 非住居用을 구별 없이 모든 건물의 賃貸借에 관하여 借家法이 적용되고 있다. 住居用 또는 非住居用的의 구별없이 賃借하는 건물에 대하여는 住宅賃貸借保護法の 적용범위에 두어 폭넓게 보호함이 바람직하다고 본다.⁴³⁾

그리고 未登記傳貰의 경우에 있어서 주택임대차보호법의 제정에는 전혀 배려되지 않아 이 債權的 傳貰制度를 이용하면서 타인의 건물을 빌리는 零細庶民의 보호에 커다란 문제가 제기되어 왔다. 그러나 法の 개정시에 未登記傳貰에 있어 문제가 되는 것은 現在 賃借人에게 競賣權이 인정되지 않으므로 多額의 保證金을 낸 賃借人에게 사실상 어려운 문제가 있다. 債權的 傳貰의 保證金返還請求權에 한정해서라도 傳貰權에 있어서와 같은 競賣權을 인정하는 것이 필요하다고 본다

2. 住宅賃借權

住宅賃貸借保護法 제3조는 民法 제621조가 賃借人의 제3자에 대한 對抗要件으로서 登記를 요구하는 것과는 달리 주택의 「引渡」와 「住民登錄」을 마친 때 그 翌日부터 제3자에 대하여 효력이 있다고 규정하여 賃借人을 보호하고 있다. 여기서 「住民登錄을 마친 때」라는 것은 同法 제3조 제1항 후단 규정의 「轉入申告를 한때」라고 보아 退去申告와 轉入

43) 高翔龍, 住宅賃貸借保護法の 問題點과 그 改善方向(下), 考試研究, 1982. 9. P. 32~ 재인용.

星野英一, 「借地借家法」, (日本:有斐閣, 1962), P. 510. 高翔龍, 「住宅賃貸借保護法の 改正된 이후에 나타난 여러 가지 問題點」, 法律新聞, 1986. 7. 제1643호.

節次를 모드 畢한 때라고 해석된다.

그런데 위와 같이 주택의 引渡외에 住民登錄을 조건으로 하면 住民登錄에 정한 소정의 기간 안에 賃借인이 退去와 轉入申告를 하였으나 行政節次上 지연으로 공백기가 생기게 되고 이 공백기간에는 賃借인이 賃借權의 對抗力을 주장할 수 없게 된다. 또한 이 기간중에 家屋所有者가 賣買契約 등을 맺는 경우에는 賃借인은 불의의 피해를 입게 된다.

이 경우에 외국의 예를 보면 獨逸 민법 제571조에서는 賃借인은 目的不動產의 引渡로 對抗力을 갖게 하였고 더구나 賃借人 保護法은 賃貸借契約의 존재만으로 그 對抗力을 갖게 하였다. 또 日本의 경우에도 賃借權은 對抗力을 登記함으로써 발생하도록 하여 우리 민법과 같이 규정하고 있으나 借家法에서는 「賣買가 賃貸借를 깨지 못한다」는 것을 인정해 住宅의 引渡만으로써 對抗力을 가지게 하여 獨逸과 마찬가지로이다. 프랑스에서는 우리나라 민법과는 달리 抵當登記法(1885)에서 單獨登記에 의한 對抗力을 인정하고 있다.

우리나라에 있어서도 위의 外國 立法例와 같이 賃借인의 對抗力 취득의 요건으로 占有의 移轉 즉 建物の 引渡만으로도 족하다고 보아야 할 것이다. 즉 賃借權의 對抗力 發生時期를 「住宅引渡와 住民登錄을 마친 그 다음 날」로 할 것이 아니라, 「住宅引渡와 前住居地에서 退去申告를 마친 그 다음날」부터 賃借權의 對抗力을 인정함이 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 賃借權이 존재한다는 사실은 占有의 移轉만으로 충분하기 때문이다.⁴⁴⁾

3. 保證金の 保護

1) 일정액 수령전의 住宅引渡義務規定의 補完

改正法에 의하면 賃借인이 제3조의 2 제1항의 규정에 의하여 보증금을 우선적으로 수령할 경우에 그 수령 전에 賃借住宅을 讓受人에게 먼저 引渡하도록 규정하고 있다(제3조의 2 제2항).

그런데 改正法은 賃借인이 보증금중 일정액(제8조 3항의 규정에 의하여 大統領令으로 정하는 金額)을 수령하는 경우에는 그 수령전에 임차주택을 讓受人에게 먼저 引渡할 필요가 없는 것으로 보고 제8조 2항에서 제3조의2, 제2항의 규정을 準用할 것을 규정하지 않았다.

이하 설명의 편의상 賃借인을 보증금액을 기준으로 하여 「保證금이 일정액 이하인 경우의 賃借人」을 「少額賃借人」으로 또는 「保證금이 일정액을 초과하는 경우의 賃借人」을 「多額賃借人」이라고 각각 약칭한다.

만일 「多額賃借人」이 보증금중 일정액만을 먼저 수령하는 경우에도 보증금의 금액을 수령하는 경우(즉 제3조의 2 제1항의 경우)와 같이 일정액 수령전에 賃借住宅을 讓受人에

44) 高翔龍, "住宅甲 建物の 賃借 및 傳賃權者의 保護에 관한 立法論的 研究", 社會科學 제17집·成大社會科學研究所, P. 37~, 大判 1995. 3. 17 「大法院判決要旨集」, 民法 I, P. 849.

게 먼저 引渡하여야 하는 것으로 해석한다면 殘餘保證金返還義務와 住宅明渡義務와의 동시 이행관계(1977년 9월 28일, 77다1241, 1242大法院全員合議部判決)에서 발생하는 「多額賃借人」의 항변권을 박탈하는 결과로 되어 「多額賃借人」에게 불리 할 것이므로, 改正法은 「多額賃借人을 보호하기 위하여 제8조 제2항에서 제3조의 2 규정의 준용을 규정함에 있어 同條 제2항의 규정의 준용을 제외하고 규정한 것으로 해석된다. 그런데 「少額賃借人」은 임차주택의 讓受人에게 대항할 수 있는 지위에 있는지의 여부, 또는 권리순위의 선후를 불문하고 賃借가 종료된 후(제8조 2항, 제3조의 2 제1항 단서 준용)에는 임차주택의 換價代金으로부터 보증금의 전액(일정액 이하)을 어느 권리자보다 우선하여 변제받을 권리가 있기 때문에 보증금의 수령전에 임차주택을 讓受人에게 먼저 인도하도록 규정하는 것이 제3조의 2 제2항의 규정취지에 비추어 타당할 것으로 해석된다.

생각컨대 임차인이 보증금중 일정액을 먼저 수령하는 경우에, 改正法의 提案者가 讓受人에 대한 주택인도를 선행조건으로 입안하지 아니한 것은 전술한 「多額賃借人」의 동시 이행의 抗辯權을 보장하려는 데 그 취지가 있었던 것으로 해석되지만, 예외적으로 「少額賃借人」의 경우에는 讓受人의 權利保護上 마땅히 讓受人에 대한 주택인도를 선행조건으로 立案하였어야 할 것을 看過한 것으로 생각된다. 따라서 위와 같은 改正法 不備 내지 졸속 입법을 앞으로 개정보완하기 위하여서는 제8조 제2항의 말미에 「다만 제3조의 2 제2항의 규정은 일정액 이하의 보증금을 수령하는 경우에 이를 準用한다」라는 단서규정을 신설보완함이 타당할 것이다.

2) 一定額受領前의 確定日具備義務規定의 補完

改正法 제8조 1항의 규정에 의하면 賃借人은 임차주택의 경매등 절차에서 보증금중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있음을 규정하면서 이 경우에 賃借人은 주택에 대한 경매신청의 등기전에 제3조 1항의 요건을 구비하도록 규정하고 있을 뿐 賃借契約書上的의 확정일자 구비 여부나 그 구비시기등에 관하여는 아무런 규정도 두지 아니하였다. 그리하여 賃借人이 同제8조 1항의 규정에 의한 보증금중 일정액을 수령전에 同證書上的의 확정일자 구비를 필요로 하는 것인지의 여부 또는 그 구비를 필요로 한다면 이를 언제까지 구비하여야 하는지 그 시기(終期)등에 관한 문제가 제기될 수 있을 것으로 생각된다.

그런데 임대차계약증서상의 확정일자제도는 보증금등에 관한 이해관계인의 異議(제3조의 2 제3항)가 없는 한, 확정일자 있는 同證書上에 보증금의 기재가 있으면 그에 대응하는 보증금의 존재 내지 授受의 실체관계가 존재하는 것으로 추정(證書上記載의 추정적 효력)하려는 것이고, 또 보증금의 존재는 확정일자 있는 임대차계약증서에 의하지 아니하면 임대인 이외의 제3자 예를 들면 후순위권리자 기타 채권자에게 대항하지 못하도록 하려는데 그 제도적 취지가 있는 것으로 해석되므로 本法에 보증금중 일정액을 우선변제하는 경우

에는 同證書上의 확정일자 의 구비를 필요로 하지 아니한다는 例外規定을 따로 두지 않은 이상 전술한 制度的趣旨에 비추어 이 경우에도 당연히 확정일자 의 구비를 필요로 하는 것이라고 보아야 할 것이다. 또 구비시기에 관하여는 賃借人의 權利保護上 늦어도 換價代金 의 배당(또는 교부)이 가능한 최후시기(終期)인 배당기일(또는 교부기일)까지 제한함이 타당할 것이다.

따라서 앞으로 전술과 같은 解釋上의 의문을 立法的으로 해결하기 위하여 改正法 제8조의 규정을 다시 改正補完한다면 同條 제1항의 말미에 「다만, 賃貸借契約證書上의 확정일자 는 보증금중 일정액의 수령전까지 이를 갖추어야 한다」라는 단서규정을 신설보완함이 타당할 것으로 생각된다.

4. 存續期間과 解止의 制限

賃借權의 존속기간의 보장에 있어서 賃貸借期間의 약정이 없는 경우 또는 賃貸借期間滿了 후에 賃貸人이 언제든지 解止通告를 할 수 있다든가 賃借人의 期間更新의 請求를 거절할 수 있다면 일정한 경우에 登記 없이도 賃借權의 對抗力을 인정하여 賃借人을 보호하려는 賃貸借法의 취지는 실효를 거둘 수 없을 것이다. 最短存續期間이 보장되는 賃貸借法에서 2년 이상 當該家屋에 계속 거주하기를 원하는 賃借人을 보호할 수 없게 된다. 그러므로 賃借人의 계속적 거주를 보호하기 위해서는 賃貸人이 賃貸借契約를 解止하려는 경우나 賃借人의 期間更新請求를 거절하려고 하는 경우에는 正當한 事由가 있는 구체적 解止事由가 있는 경우에만 解止나 期間更新을 할 수 있도록 제도적 장치가 마련되어야 하겠다.

5. 借賃의 增減請求權

賃借人에게 가장 중요한 문제는 借賃, 保證金, 傳賃金의 액수인데 부당하게 高額化되거나 賃貸人의 恣意대로 인상된다면 賃借人의 보호는 기대할 수 없는 실정에 처하게 된다.

이에 住宅賃貸借保護法 제7조는 賃借住宅에 대해 租稅, 公課金 기타 負擔의 增減이나 경제사정의 변동으로 인하여 相當하지 않은 경우 당사자에게 增減의 請求를 할 수 있도록 하고 있다.

그런데 同條但書規定에서 「增額」의 경우로 하고 있어 제한의 대상이 되는 賃貸借는 현재 賃貸借關係가 계속되고 있는 기존의 賃貸借에 한하여 적용되고 있고 처음 賃貸借契約를 체결하는 경우 또는 賃貸借의 終了 후에 再賃貸借契約를 締結하는 경우에는 同條但書의 적용에서 제외되는 것으로 해석된다. 賃貸人은 同法施行令 제2조 1항에서 定한 年 5%의 增額制限을 벗어나기 위해서 最短時日內에 賃借人을 내보내고 다른 사람과 원하는 조건으로 賃貸하려 할 것이어서 賃借人은 退去당할 수밖에 없고 그렇지 않으려면 賃貸人

의 增額要求에 應하여 再契約을 締結할 수밖에 없다. 이렇게 된다면 借賃등의 制限은 賃借人の 住居保護를 도리어 害하는 結果가 될 것이다.

따라서 借賃統制의 實效를 거두기 위해서는 外國의 例에서와 같이 賃借人の 解約告知와 期間更新拒絶의 制限으로 賃借人の 住居權이 保障되도록 하고 大統領令에 따른 借賃 등의 增額限度額도 年 5%로 固定시킬 것이 아니라 經濟成長의 變動에 따른 適正한 線에서 彈性 있게 調停해 나가도록 하며 또한 年間消費者物價上昇率 이내에서 抑制함이 妥當하다.

6. 住宅賃借權의 承繼

住宅賃借保護法 제9조는 賃借인이 相續權者 없이 死亡한 경우에 賃借人の 相續權者 아닌 자로서 賃借인과 家庭共同生活을 같이 하던 同居人の 住居權을 보장한다는 社會법적 차원에서 民法上 相續의 原理를 排除하고 獨自의인 承繼의 原理에 따라 相續인이 아닌 事實상의 婚姻關係에 있는 者 등에게 賃借權을 承繼시키는 것이다. 다만 賃借인이 死亡 당시 相續權者가 그 주택에서 家庭共同生活을 하고 있는 때에 相續權者가 賃借權을 承繼하도록 하여 相續法과 조화를 꾀하고 있다. 그런데 同法 제9조로 볼 때 事實상의 家族關係에 있는 者 즉 子女, 事實상의 配偶者의 父母, 加捧者 등이 있는 경우에는 承繼權이 없다고 할 수밖에 없으나 同法의 立法趣旨나 居住權의 性質로 보아 承繼를 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

賃借權의 承繼者에 관하여 문제되는 것은 賃借인은 住民登錄이 되어 있으나 賃借人の 死亡時 事實상 家庭共同生活을 하는 동거자가 住民登錄이 되어 있지 않은 경우의 賃借權의 承繼의 경우에 의문이 생긴다. 생각컨대 同法上 賃借人の 住民登錄과 주택의 引渡로 對抗力의 效力發生要件으로 하고 있으며, 또한 賃借인과의 生活共同體로 인정하기 위해서는 적어도 共同世帶員으로 住民登錄이 되어야 할 것이므로 殘存同居者의 轉入申告가 되어 있지 않으면 보호를 받지 못한다고 하겠다. 그러나 공동생활을 하고 있는 구성원 보호를 위한 承繼規定의 立法趣旨로 볼때 보호를 받아야 함이 당연하므로 이 경우 보호받을 수 있게 규정해야 한다.

그리고 承繼拋棄規定인 住宅賃借保護法 제9조 제3항은 承繼權者가 賃借權의 當然承繼에 관하여 賃借人에게 反對意思를 표시할 수 있는 기간이 이른바 1개월 이내로 정하면서 그 起算日을 「死亡日」로 규정함으로써 承繼者는 賃借人の 死亡을 알든 모르든 불문하고 그 死亡日로부터 1개월이 경과하면 不利益도 당연히 法律上 承繼하게 되어 賃借人은 이외의 법적 이익을 받게 되는 결과가 된다. 그래서 이 경우 賃借權의 當然承繼者의 利益을 보호하기 위하여 賃借權承繼의 反對意思表示期間의 起算日을 承繼權者가 「賃借人の 死亡을 안 날」로 함이 타당하다고 생각한다. 그리고 포기기간도 1개월 이내로 정할 것이 아니라 상속법과 같이 3개월로 함이 타당하다.⁴⁵⁾

V. 結 論

이상에서 살펴보았듯이 住宅賃借人의 住居生活의 안정이란 사회정책적인 배려에서 制定, 施行된 住宅賃借保護法은 住宅賃借關係法律의 內容에 있어서 문제가 적지 않으며 改善해야 할 必要性도 또한 절실한 상태이다. 그리고 현재에 있어서와 같이 住宅의 부족이 심각한 상황하에서 住宅賃借人의 住居生活의 안정을 보장하기 위해서 現行 住宅賃借保護法에 드러난 問題點 등을 改善하여 住宅賃借人의 지위를 강화하여 나가야 할 것이다. 이러한 측면에서 住宅賃借保護法의 問題點과 改善되어야 할 점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 本法의 適用範圍에 있어서 住居用 뿐만 아니라 營業用 建物, 零細的인 小型店舖 그리고 事務室의 경우에도 그 保護對象에 포함시켜야 한다.

둘째, 對抗力의 發生時期를 「住宅의 引渡와 住民登錄을 마친 그 다음 날」로 규정하고 있는데 이 규정에 따르면 住宅의 引渡와 住民登錄 轉入申告日 사이에 空白이 생겨 賃借人의 지위가 불리하게 되는데 이 경우에 空白을 없애기 위하여 住宅의 引渡만을 要件으로 하든지 「住宅引渡와 前居住地에서의 退去申告를 마친 때」에 賃借權이 對抗力을 인정해야 한다.

셋째, 賃借保證金의 保護에 있어 住宅賃借保護法 제3조 2 제1항 但書는 優先辨濟請求 要件으로 “賃借가 終了된 후”라고 규정하고 있으면서도 그 終了의 구체적인 시기에 대한 규정이 없어 賃借 當事者의 合意 解止를 이용한 同 優先辨濟權을 남용함으로써 後順位 權利者들의 배당몹을 부당히 침해할 것이기 때문에 구 “終了時期”는 “競賣期日”까지로 “優先辨濟請求”는 “配當期日”까지로 하는 것이 妥當하겠다.

또한 賃借의 終了方法과 관련하여 民法 제625條, 627條의 규정 외에 보다 신속하게 賃借人에게 賃借關係를 終了하고 保證金を 回收할 수 있는 규정이 필요하다. 그리고 少額 保證金의 最優先辨濟權 행사에 있어서도 다른 債權者와의 關係상 賃借契約證書上의 確定日字를 구비케 함으로써 賃借 당사자의 공모에 의해 다른 債權者들이 부당히 손해를 입지 않도록 조치할 필요성이 있다.

네째, 住宅賃借의 存續期間에 있어서 最短存續期間의 確保만으로는 賃借人의 住居生活 安定을 保障할 수 없으므로 「合理性」, 「正當事由」 등과 같은 구체적 解止事由가 있는 경우에만 解止나 期間更新拒絕을 할 수 있도록 제도적 장치가 마련되어야겠다.

다섯째, 借賃統制의 實效를 거두기 위해서는 外國의 立法例와 같이 賃借人의 解止와 期間更新拒絕에 대한 制限에 의하여 賃借人의 居住權이 保障되도록 하고, 借賃등의 增額限度 額도 년 5%로 固定시킬 것이 아니라 經濟成長率과 年間物價上昇率을 고려하여 彈性性 있

45) 尹天熙, “住宅賃借權承繼의 問題點”, 法律新聞(1984. 5. 28)와 同旨, 高翔龍, 上揭論文, 法律新聞, 1986.7. 제1043호 참조.

게 調整해 나가야 한다.

여섯 번째, 賃借建物이 競賣되었을 때 大法院判例과 같이 對抗力을 갖는 法規定을 實定法으로 마련하는 것이 賃借人 保護의 趣旨를 살릴 수 있다.

일곱 번째, 住宅賃貸借保護法 제9조로 볼 때 事實婚關係에 있는 者 이외의 事實上的 家族關係에 있는 者(즉 事實上的 養親者, 未認知子女, 事實上 배우자의 父母, 加捧者)등은 전혀 보호받지 못하므로 同法의 立法趣旨나 住居權의 성질로 보아 承繼權을 認定해 保護해 주어야 한다. 그리고 同條 제3項의 賃借權, 승계포기기간의 起算日을 「死亡日」에서 「賃借人의 死亡을 안 날로」 변경함이 타당하다고 본다.

마지막으로, 정부가 98년 10월 12일 마련한 登記命令制度 신설을 골자로하는 住宅質賃借保護法 政正案을 국무회의의 의결로 확정하고 있다. 賃借人의 權利를 物權化 시켜서 매우 강력하게 保護하는데는 크게 환영할만 하지만 여기에서 주목할 것은 현행법이 賃借人이 賃貸人과 합의해서 賃借權登記를 하는 경우, 對抗力만 인정하도록 되어 있으나 政正案에는 賃借權登記命令制度和 同一하게 對抗力과 先濟權을 모두 인정하도록 했다는데 있다. 그렇게 政正하면 賃借人의 權利를 너무 지나치게 保護하는 결과 賃貸人에게 일방적으로 不利益을 초래하게 되므로 오히려 傳賞難을 겪게 되고 賃入者에게 不利하게 나타나게 된다는데 있다. 賃借人, 賃貸人 모두를 保護하는 차원에서 住居安定을 가져오게 할 수 있는 制度改善이 필요하다.